الجامعة الإسلامية في لبنان
كـليـــة الحقـــــوق

الكفالة ودفوعهـــا
في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه
في الحقوق

إعداد الطالب
خالد عليان سلامه الزبون

لجنة المناقشة:

الأستاذ الدكتور: مروان كركبي	رئيساً.
الأستاذ الدكتور: علي إبراهيم	عضواً.
الأستاذ الدكتور: سامي منصور	عضواً.
الشيخ الأستاذ الدكتور: محمد جعفر شمس الدين	عضواً.
الأستاذ الدكتور: فوزي أدهم	عضواً.

خلدة 2009

إن كلية الحقوق في الجامعة الإسلامية في لبنان غير مسؤولة عن الآراء والأفكار

الواردة في هذه الأطروحة، بحيث تعتبر خاصة بكاتبها فقط

الكفالة ودفوعهــا

في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

أ- أهمية الموضوع:

عاش الإنسان منذ بداية العصور الأولى في نطاق الجماعة مدفوعاً بغريزة الاجتماع وتقديم الخدمة والتعاون مع البعض لحل الخلافات المادية، ولا وجود للجماعة دون نظام ، ولا نظام بدون سلطة، والحرية في حالة توتر دائم مع السلطة وتقع هذه الحرية بين الفوضى والتحكم، وعلى مستوى القانون المدني ، فان حرية الفرد المتاحة تتجلى في توازن عادل بين ما تفرضه السلطة العامة من التزامات وما يخضع له الفرد من قيود ضرورية تحد منها، فلا يجوز التعرض لذمة الفرد أو عرقلة السير العادي لها إلا ضمن الحالات التي نص عليها القانون .

إن أموال المدين هي الضمان العام للدائنين بحيث يكون هؤلاء الدائنون على قدم المساواة في هذا الضمان، فإذا اتسع لهم جميعاً استوفوا حقوقهم كاملة، أما إذا لم يتسع لهم واتخذوا جميعاً إجراءات التنفيذ على هذه الأموال، قسمت أموال المدين قسمة غرماء كل بنسبة حصته.

ولما كانت جميع أموال المدين ضماناً عاماً للدائن فإن هذه الأموال قد لا تكفي لسداد ديونه مما يضطر معه الدائن إلى الاقتصار على استيفاء جزء من حقه بل قد يضيع عليه حقه إذا تخلف لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين.

وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه فقد منحه القانون طرقا للحصول على تأمينات خاصة، لحقه فيأمن بها إعسار المدين ويدرأ عنه غشه وإهماله، إذ أن هذه التأمينات تكون عادة كافية للوفاء بحق الدائن كاملاً في ميعاد الاستحقاق.

هذه التأمينات الخاصة نوعان: تأمينات عينية تتمثل في تخصيص مال معين يكون عادة مملوكاً للمدين لتأمين حق الدائن والوفاء به، وتأمينات شخصية تتمثل في ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلية بحيث يكون للدائن بدلاً من مدين واحد مدينان.

فالتأمينات الشخصية لها دور مهم في الحياة العملية لا يمكن نكرانه فهي توفر ضماناً كافياً للدائن كما أنها تضع تحت يد المدين أداة للثقة والاطمئنان بحيث يمكنه تقديمها ضماناً للمدين وبالتالي يحصل عن طريقها على ما يحتاج إليه من المال ما دام قادراً على تقديم هذا الضمان.

والذي يهمنا من بين أنواع التأمينات هو التأمينات الشخصية التي يكون قوامهـا تعـدد المسئولين عن تنفيذ الالتزام ولأن الضمان يتأتى فيها من خلال التزام شخصي فإنها توصـف بالتأمينات الشخصية وقد نظم المشرع المدني العربي عدة صور لهذا النوع مـن التأمينـات كالتضامن وعدم قابلية التصرف للتجزئة والكفالة التي تعتبر أهم صـورها وهـي موضـوع الطرح، والتي أولاها المشرع العربي أهمية خاصة نظراً لما تتمتع به مميزات يجعلها تتقـدم على جميع التأمينات الشخصية الأخرى، وذلك نظراً لما تقدمه من خدمات في الحياة العمليـة فهي تبعث الثقة والاطمئنان في نفس الدائن وتسهل التعامل والاقتراض فيما بين الأشخاص.

وبالرغم من أن الدائن لا يطمئن في أغلب الأحيان إلى الكفالة لضمان دينه مثلما يطمئن إلى التأمينات العينية ومع هذا فإن الكفالة لا تخلو من الفائدة خاصة في الحالات الاسـتعجالية التي يطلب فيها الدائن ضماناً لدينه، فتبرز الكفالة لكونها لا تتطلب في انعقادها شكلية خاصة وهذا ما يؤدي إلى السرعة في إبرام العقود المتعلقة ببيع المنقولات والقروض.

هذه الأعمال الإيجابية التي تقدمها الكفالة في الوسط الاجتماعي أدت بالتشريعات إلـى إعطاء الكفالة مكانة خاصة في تقنيناتها المدنية.

ورغم الدور الهام الذي تلعبه الكفالة في الحياة العملية من خلال الخدمات التي تقـدمها للأشخاص بقدر ما تعرض الكفيل للخطر المتمثل في وفائه لدين المدين من ماله الخاص دون أن تكون له مصلحة يهدف إليها من وراء ذلك سوى تسرعه بالتزامه الذي يعد بحق جـوهر عقد الكفالة، هذا الالتزام الذي يعتبر مصدره الوحيد عقد الكفالة والوفاء بـالالتزام الأصـلي المكفول محلاً له ويقوم على تحديد نطاقه مصدران هما: الالتزام المكفول وعقد الكفالة.

لذلك أجمعت التشريعات، على حماية مصلحة الكفيل، بإعطائه دفوعاً خاصة، كالـدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولاً، والدفع بالتجريد، والدفع بالتقسيم، كما منحت لـه ضمانات تتمثل في رجوعه على المدين عند وفائه للالتزام، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

ب- إشكالية الأطروحة (الأسباب الدافعة للدراسة).

لقد جاءت الشريعة الإسلامية لتنظيم حياة الناس في كل مناحي الحياة، إذ أنها جاءت شاملة ومنظمة لعلاقة الإنسان بربه، وكذلك منظمة لعلاقة الإنسان بغيره من الأفراد، كما تنظم علاقة الإنسان بالدولة، وعلاقة الدول بالدول الأخرى في كل الظروف (السلمية والحربية)، وذلك كله بفضل ما اتسمت به الشريعة الإسلامية من قواعد شاملة ومرنة، في مختلف الأزمنة والأمكنة، وبفضل ما قامت به المذاهب الفقهية الإسلامية المتمثلة بالمذهب الحنفي والمالكي والمذهب الشافعي والحنبلي والمذهب الظاهري والمذهب الشيعي من الزيدية والجعفرية.

وفي بداية العصر الحديث قامت الدولة العثمانية بوضع مجلة الأحكام العدلية مستمدة أحكامها وموادها من المذهب الحنفي، وبعد أن تجزأت البلاد العربية بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى، قامت كل دولة بوضع تقنين خاص بها، بعضها استمد أحكامه من التشريعات الغربية وبعضها استمد أحكامه من المذاهب الفقهية الإسلامية فجاءت هذه التشريعات المدنية العربية لتنظيم علاقة الفرد بالفرد والفرد بالدولة والدولة بالدول الأخرى، ولم تنظم علاقة الفرد بربه، كما هو الحال في الشريعة الإسلامية، إلا أن التشريعات المدنية العربية لم تستطيع استيعاب كثير من المسائل المستحدثة، فلو كانت شاملة للمذاهب الفقهية الإسلامية لما قامت مشكلة ولكانت اشمل وأفضل في معالجة كثير من المشكلات ولتفادت كثير من الدول مشكلة تعديل القوانين باستمرار.

والجدير بالذكر أن المشرع الأردني والمشرع اللبناني لم يستعملا اصطلاح واضح لأنواع الكفالة يتم من خلاله وضع أحكام لكل نوع ويميز كل منها عن الأخر وكذلك مركز الكفيل تجاه المدين في كل نوع، وإنما استعملا اصطلاح الكفالة بشكل مجرد، مع الدلالة على أن التزام الكفيل التزام مدني وليس تجارياً الذي استعمله المشرع المصري وبعض التشريعات المدنية العربية الأخرى. هذا ما دعانا إلى اختيار موضوع الأطروحة.

وإذا أمعنا النظر في التشريع الأردني واللبناني لوجدنا أن الكفالة – وهي موضوع هذه الأطروحة – من اخطر الضمانات مساساً بالذمة المالية للفرد.

ولعل هذه الصلة الوثيقة التي تربط الكفالة بالذمة المالية هي التي تفسر لنا عدم استقرارها وتناقضها، لأنها معمول بها في كل مكان ومنفذة في كل زمان، وموضوع جدل في كل مكان و زمان. وما زال الفقه يطرح هذه المشكلة المتجددة منذ بداية القرن التاسع عشر والى يومنا هذا بحثاً عن توازن مقبول بين المصالح المتقابلة والمتعارضة التي تضمنها

الدعوى المدنية والجزائية. وقد احتج كثير من الفقهاء على أحكام الكفالة وطالبوا بزيادة الضمانات لصالح الكفيل.

ومن هنا نجد أهمية اختيار هذا الموضوع " الكفالة " لدخولها في كثير من المعاملات المالية كالعقود ، وكذلك حاجة الناس إلى معرفة الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بالكفالة ، وتساهل البعض فيما يتعلق بأحكام المعاملات المالية، مما أدى إلى ظهور تساؤلات كثيرة حول عقد الكفالة وأهميتها في الحياة العملية، ومن هذه التساؤلات:

1. هل مفهوم عقد الكفالة في التشريع الوضعي موافق لتعريفه في الفقه الإسلامي؟.
2. هل مميزات عقد الكفالة، وأركانها، وأنواعها في التشريع الوضعي مطابقة لما هو وارد في الفقه الإسلامي؟.
3. ما هي النتائج المترتبة على عقد الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي؟.
4. ما الدفوع التي يستطيع الكفيل أن يدفع بها في مواجهة الدائن والمدين في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي؟.
5. ما مدى العلاقة بين الكفيل والمدين في عقد الكفالة في كل من التشريع الوضعي والفقه الإسلامي؟.
6. هل طرق انقضاء عقد الكفالة في التشريع الوضعي نفس طرق انقضائها في الفقه الإسلامي؟.
7. هل التشريعات المدنية العربية تستطيع استيعاب المسائل المستحدثة في عقد الكفالة؟.

وقد جاءت هذه الأطروحة للإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها مما يثار حول عقد الكفالة بين الشريعة والقانون.

ومما يشاد به أن كثيراً من جامعاتنا العربية سعت وتسعى لتوسيع الدراسات الإسلامية والقانونية، وإبراز ونشر ما لديها من مبادئ وأنظمة وقوانين تساهم في سد الفجوة بين الشريعة والقانون في كثير من الاجتهادات الفقهية.

- **وتقتضي هذه الدراسة معالجة الأمور التالية:**

أولاً: الوقوف على الدراسات والأبحاث والتعديلات التشريعية المتعلقة بالكفالة ودفوعها في القوانين : اللبناني والأردني والمذاهب الفقهية لتوضيح السياسات المدنية والتشريعية في هذا الموضوع من ناحية ، والاستفادة منها في سد النقص الذي يعتري تشريعاتنا من ناحية أخرى.

ثانياً: البحث عن بدائل لتجنب مساوي الكفالة ودفوعها تكون اقل مساساً بالذمة المالية والشخصية ، وتؤدي نفس الوظائف والأهداف التي تؤديها الكفالة دون الاعتداء على ذمة الكفيل أو حق الدائن.

ثالثاً: الوقوف على أوجه التشابه والاختلاف بين الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي وكم حجم البعد بينهما.

رابعاً: بيان قواعد وأحكام عقد الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي ووضع ذلك في كتاب مستقل يحوي تفاصيل عقد الكفالة، ومعالجة الخلل التشريعي.

خامساً: بما أن عقد الكفالة من أهم العقود التوثيقية في المعاملات كافة، فكان لا بد من توضيح أحكامها في التشريع الوضعي وكذلك في الفقه الإسلامي، ولما يعرض من تساؤل الكثير حول مشروعية الكفالة في القانون الوضعي، ومدى تطابقها مع أحكام الكفالة في الشريعة الإسلامية، مما يثير بعض التساؤلات التي تحتاج إلى الدراسة الموضوعية للإجابة عنها.

حدود المشكلة:

بما أن التشريع الوضع بإطلاقه يشمل جميع التشريعات التي كان مصدرها الوضع البشري في جميع الأزمنة والأمكنة فإن مع الصعوبة بمكان أن تجمع في أطروحة علمية إذ هذا النوع من الدراسات إنما يحتاج إلى جهد موسوعي، ومن هذا المنطلق فقد اقتصر الطالب في هذه الأطروحة على التشريعات الوضعية المعمول بها في الدول العربية مع تخصيص التشريعات الوضعية الأردنية واللبنانية بمزيد من الإيضاح والنقد لمفرداتها مع مقارنتها بالفقه الإسلامي.

وفي هذه الأطروحة لم يقتصر الطالب على تشريع واحد أو مذهب واحد، لأن الاقتصار على دراسة تشريع واحد أو مذهب واحد لا يضعنا في صورة كاملة عن حقيقة التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

وقد حاول الطالب ألا يدع رأياً أو قولاً في كل أجزاء البحث إلا إذا لم يعثر عليه فيما تطرق إليه، وقام كذلك بالمقارنة بين التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، وقد التزم الطالب الدقة والأمانة العلمية في نقل الآراء، والأحكام والقواعد، وعدم نقلها إلا من الكتب والمصادر المعتمدة في كل تشريع أو مذهب.

ج- الجديد في الموضوع وخطة الدراسة:

ومما دعانا إلى الكتابة في هذا الموضوع ما نراه من القسوة في الحياة العملية ، فلا تتناسب أثار الكفالة مع الفعل الذي قدمه الكفيل ، ولا مع العقوبة المقررة لهذا الفعل ، كما أن بعض الدائنين يلجوا إلي تقديم دعوى إلى المحكمة يطلب من خلالها الرجوع على الكفيل والتنفيذ على أمواله قبل الرجوع على المدين من اجل الضغط على الكفيل للقيام بعمل معين ، وهو يعلم أن ذمته غير مشغولة له بالدين ، وحتى نوقف هؤلاء الدائنين من اتخاذ هذه الوسيلة لتحقيق مآربهم ، فلا بد من أيجاد وسيلة لحماية ذمة الكفيل وصيانتها من أن يتعدى عليها احد.

ولا بد من أيجاد ضمانة أخرى تختلف عن الكفالة ، وتطبيق هذه الضمانة عوضا عن الكفالة ، ولكي نقلل من مساوي الكفالة ، ومن ثم وضع حد لهذه المساوي عن طريق أيجاد وسائل أخرى تؤدي إلى النتائج المرجوة لتطبيق وتحقيق العدالة، والأسباب التي من اجلها نص على الكفالة.

كذلك لابد من وضع نظام للتعويض عن النتائج الضارة للكفالة وتقليص أثارها بواسطة أعطاء الوقت الكافي للكفيل ووضع القيود على المدين لصالح الكفيل.

هـ ــ منهجية البحث.

استخدم الطالب في هذه الأطروحة مناهجا في البحث والدراسة، حسبما تقتضيه طبيعة هذا النوع من الدراسات وهي كما يلي:

المنهج الاستقرائي: وقد استخدمه الطالب في جميع موضوعات الأطروحة، فقد استقرى أحكام وجزئيات عقد الكفالة في التشريع الوضعي ــ الأردني واللبناني ــ و الفقه الإسلامي.

المنهج الوصفي التحليلي: وقد استخدمه الطالب في تحليل نصوص عقد الكفالة في التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي.

المنهج المقارن: وقد استخدمه الطالب في كل فصل من فصول الأطروحة، حيث خصص مطلباً لمقارنة مباحث الفصل مقارنة موضوعية بين التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

ودراستنا للكفالة ودفوعها ستكون في قسمين، حيث يحوي كل قسم على بابين:

نتعرف في الباب الأول من القسم الأول على الكفالة، ومشروعيتها، وخصائصها، فنتعرض لتعريفها في التشريع الوضعي والشريعة الإسلامية. والقصد من التعريف والمشروعية والمميزات هو ربط تعريف الكفالة في التشريع الوضعي بالتعريف الوارد في الشريعة الإسلامية، وبيان شروط الكفالة وأطرافها، والاستعانة بذلك في تفهم ما استقرت عليه تلك التشريعات الحديثة والمذاهب الفقهية الإسلامية، وكذلك بيان مدى أوجه التشابه والتباعد بين التشريع الوضعي والفقه الإسلامي فيما يتعلق بالتعريف والمشروعية والخصائص.

وأما بالنسبة للباب الثاني فنتكلم عن التنظيم القانوني للكفالة من حيث الأنواع والأركان. في فصلين، الأول أركان الكفالة، ندرس في المبحث الأول منه أركان الكفالة في التشريع الوضعي، وفي المبحث الثاني أركان الكفالة في الفقه الإسلامي مع المقارنة بينهما. وسنخصص الفصل الثاني لدراسة أنواع الكفالة. ونقسمه إلى مبحثين ،الأول أنواع الكفالة في التشريع الوضعي ، والثاني أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي مع المقارنة بينهما .

ونتكلم في الباب الأول من القسم الثاني عن انقضاء الكفالة وأثارها. في فصلين، الأول انقضاء الكفالة ، المبحث الأول منه انقضاء الكفالة في التشريع الوضعي ، والمبحث الثاني انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي مع المقارنة بينهما. والفصل الثاني آثار الكفالة .في مبحثين، الأول اثار الكفالة في التشريع الوضعي ، والثاني في آثار الكفالة في الفقه الإسلامي مع المقارنة بينهما .

وأما الباب الثاني فنتكلم فيه عن دفوع الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي . في فصلين ، الأول دفوع الكفالة في التشريع الوضعي ، ندرس في المبحث الأول دفوع الكفيل الشخصية ،والمبحث الثاني دفوع الكفيل المستمدة من علاقته بالمدين . والفصل الثاني دفوع الكفالة في الفقه الإسلامي . في مبحثين ،الأول دفوع الكفيل الشخصية ،والمبحث الثاني دفوع الكفيل المستمدة من علاقته بالمدين ، والمبحث الثالث للمقارنة بين دفوع الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

خطة الأطروحة

القسم الأول

التعريف بالكفالة وتنظيمها القانوني

ويشتمل على بابين:

الباب الأول: التعريف بالكفالة ومشروعيتها وخصائصها.

الباب الثاني: التنظيم القانوني للكفالة.

الباب الأول

التعريف بالكفالة ومشروعيتها

خصائصها

يشتمل هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: التعريف بالكفالة ومشروعيتها.

الفصل الثاني: خصائص الكفالة.

الفصل الأول

التعريف بالكفالة ومشروعيتها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بالكفالة ومشروعيتها في التشريع الوضعي.

المبحث الثاني: التعريف بالكفالة ومشروعيتها في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

التعريف بالكفالة ومشروعيتها في التشريع الوضعي

سوف نتناول في هذا المبحث تعريف الكفالة في التشريعات المدنية العربية ومشروعيتها ضمن مطلبين، بحيث نعالج في المطلب الأول أوجه الاختلاف في تعريف الكفالة بين تلك التشريعات.

وأما في المطلب الثاني فسوف نوضح مشروعية عقد الكفالة في التشريعات المدنية العربية.

المطلب الأول

التعريف بالكفالة في التشريع الوضعي

الكفـــالة لغة: هي الضمانة[1] والالتزام [2].

وأما في اصطلاح التشريعات الوضعية العربية فقد اتفقت معظمها ـــ ومن بينها التشريع اللبناني ـــ على تعريف موحد للكفالة وهي: أنها عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التـــزام، بـــان يتعهّد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه(3).

ويعد جانب آخر من التشريعات العربية المدنية ـــ ومن بينها التشريع الأردنـــي ـــ بـــأن الكفالة عقد بمقتضاه تضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام(4).

ويبدو للطالب في هذا المقام أن التشريعات العربية المدنية قد انقسمت إلى قسمين حـــول تعريف الكفالة، بالرغم من أن تعريف القسم الأول يشمل تعريف القسم الثاني إلاّ أن الفرق بينهما هو عبارة: (إذا لم يفـِ به المدين نفسه).

ويعلل القسم الأول إضافته لعبارة (إذا لم يفـِ به المدين نفسه) بأن هذه العبارة تعطـــي تحديداً أشمل لتعريف الكفالة، وإلاّ فإنه بدونها يكون تعريفاً غير جامع، حيث انه لا يميز الكفالـــة عن غيرها من النظم القانونية القريبة منها مثل التضامن والحوالة.

وانّ تعريف الكفالة بدون هذه العبارة يصلح لأن يكون تعريفاً للتضامن(5).

---

(1) ابن منظور، **لسان العرب** ، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، 1307هـــ، 14 / 109، حيث جاء فيه " الكفيل الضامن، وجمع الكفيل: كلاء، وقد يقال للجمع كفيل كما يقال في الجمع: صديق ..... وكفل المـــال وبالمـــال ضمن وكفل بالرجل يكفل وكفلاء وكفالة وكفل وتكفل به كله ضمنه وأكفله أياه وكفله ضمن .... كفيـــل وكافـــل وضمن بمعنى واحد ".

(2) أبو السعود ـــ رمضان، **التأمينات الشخصية والعينية**، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة 1995مـــ، ص 28.

(3) أنظر نص المادة 772 من **القانون المدني المصري** والمادة 1053 من **قانون الموجبات والعقود اللبنـــاني**، والمادة 738 من **القانون المدني السوري**، والمادة 1008 من **القانون المدني العراقي**.

(4) أنظر نص المادة 950 من **القانون المدني الأردني**، والمادة 612 من **مجلة الأحكام العدلية**، والمادة 1056 **إماراتي**.

(5) يكَن، زهدي، **شرح قانون الموجبات والعقود**، ج16، **في عقود الضمان، والصلح، والكفالة**، دار الثقافـــة بيروت ، 1970، ص 226.

ومما يؤخذ على هذا الرأي أنه يتحدث في عبارته الأخيرة عن التزام يقع على عاتق الكفيل، مع أنّ الالتزام أثر للعقد، ويجب أن ينصب التعريف على محل العقد، وان العبارة الأولى تكفي، لأنها تتناول محل العقد، وهو كفالة تنفيذ الالتزام(1).

في حين يعلل القسم الثاني عدم إضافته لعبارة: (إذا لم يفِ به المدين نفسه)، بأن هذا التعريف يكون شاملا وواضحاً وإن لم يتضمنها؛ وذلك لأن هذا التعريف هو نفس تعريف الفقه الإسلامي للكفالة، والذي يجب الأخذ به؛ حيث أنه يتناول محل العقد، كما يوصي بفكرة الضمان من جهة أخرى؛ لأن ضم ذمة الكفيل إنما هو لضمان الوفاء بالدين(2).

والتعريف الذي يتبناه الطالب للكفالة، هو التعريف الذي أخذ به القسم الأول والذي يتضمن عبارة إذا لم يفِ به المدين نفسه وهو عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، أن يتعهد بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: أن هذا التعريف يميز الكفالة عن غيرها من النُظم القانونية مثل التضامن، حيث تضم ذمة مدين متضامن إلى ذمم المدينين الآخرين في المطالبة بتنفيذ الالتزام، لذلك فإن هذا التعريف جاء جامعاً مانعاً ومميزاً للكفالة عن غيرها من النظم القانونية وخصوصاً التضامن.

السبب الثاني: إنّ هذا التعريف يشمل تعريف القسم الثاني ويتعداه للاستفادة والتميز.

السبب الثالث: إنّ هذا التعريف يشير إلى تعهد الكفيل بوفاء التزام المدين، إذا لم يقم به المدين نفسه.

السبب الرابع: إنّ هذا التعريف يفتح باب الرجوع على الكفيل في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

السبب الخامس: إنّ هذا التعريف هو ما استقرت عليه معظم القوانين والتشريعات التي تشمل الغالبية العظمى للتشريعات العربية مثل التقنين المصري واللبناني والسوري والعراقي.

السبب السادس: لأنه تعريف وافٍ يبرز عناصر الكفالة وخصائصها الأساسية.

السبب السابع: إنّ هذا التعريف يدل على أن الكفالة يمكن أن ترد على أي التزام مهما كان نوعه ما دام يمكن تقديره نقداً ويترتب على عدم تنفيذ الحكم بتعويضات.

وهكذا، فمن خلال تعريف الكفالة، يمكن القول: بأن الكفالة تشترط وجود التزام مكفول، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي وكذلك وجود دائن، كما تشترط الكفالة وجود عقد بين

---

(1) أبو السعود ـــ رمضان، **التأمينات الشخصية والعينية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1998، ص31.

(2) السرحان ـــ عدنان إبراهيم، **العقود المسماة**، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2001، ص 180.

الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول، وبموجب هذا الالتزام يفي الكفيل به إذا لم يف به المدين الأصلي.

وبناءً عليه فإن الكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل، وان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي من حيث الوجود والصحة والانقضاء والبطلان والأوصاف(1).

أما بالنسبة لأطراف الكفالة فأطرافها تبدو جليّة من خلال التعريف الأول والثاني للكفالة وكذلك من خلال نصوص وأحكام القوانين العربية.

فالقوانين المدنية العربية اختلفت في تسمية أطراف الكفالة إلا أنّ المضمون واحد، وهذا واضح من خلال نصوص القوانين، فعلى سبيل المثال لا الحصر، أعطى القانون المدني الأردني الكفالة ثلاثة أطراف وهي: الكفيل، والمكفول له، والمكفول عنه، حيث جاء فيه أن الكفيل هو الضامن الذي يلتزم مع المدين، والمكفول له هو الدائن بالالتزام المكفول به، والمكفول عنه هو المدين الأصلي الذي لا يعتبر طرفاً في العقد (2).

وكذلك القانون اللبناني المتمثل في قانون الموجبات والعقود حيث سمى أطراف الكفالة تسميات تشبه التسميات السابقة مثل الكفيل بالموجبات والمدين الأصلي والدائن بالموجب، وأضاف طرفاً ثالثاً وهو الموجب أي المكفول به أو محل الكفالة وعلق في مواده بأن الكفالة تتم بدون علم وبالرغم من مشيئته(3).

وبالرجوع إلى القانون المدني المصري نجد بأنه قد أفرد للكفالة أربعة أطراف، فالطرف الأول هو الكفيل، والطرف الثاني هو الدائن، والثالث هو المدين، والرابع محل الكفالة، ونص كذلك على أن الكفالة تتم بدون علم ورضى المدين ولذلك فهو ليس طرفاً في عقد الكفالة(4).

---

(1) الدكتور سعد – نبيل إبراهيم، **التأمينات الشخصية** – منشأة المعارف بالإسكندرية – مطبعة أطلس، القاهرة – 1977، ص 248 – 249.

(2) هذا ما نصت عليه المادة 951 من **القانون المدني الأردني**. والتي جاء فيها أنه: (**يكفي في انعقاد الكفالة** ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له).

(3) هذا ما نصت عليه المادة 1061 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني المعدل**، حيث جاء فيها أنه: (يجب أن تكون الكفالة مقبولة من الدائن على وجه صحيح)، والمادة 1062 من نفس القانون حيث جاء فيها أنه: (أنه يجوز الكفالة بالموجب بدون علم من المديون الأصلي وبالرغم من مشيئته ...).

(4) أنظر نص المادة 775 من **القانون المدني المصري** ويقابل هذه المادة 1062 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**، وكذلك المادة 621 من **مجلة الأحكام العدلية** حيث تنص: " تجوز الكفالة بغير رضى وعلم المدين، وتنعقد وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك ". وكذلك نص المادة 951 من القانون المدني الأردني.

من خلال نصوص القوانين السالفة الذكر نجد أن للكفالة أربعة أطراف متمثلة في الكفيل وهو الملتزم مع المدين والذي ضم ذمته إلى ذمة الأخر، أي تعهد بما تعهده الآخــر (المــدين)، وكذلك الدائن ويسمى المكفول له وهو الطالب والدائن في خصوص الكفالة، أما الطرف الثالــث فهو المدين الأصلي ويسمى مكفول عنه أو الأصيل، وأما الطرف الأخير والرابع فهو محل الكفالة ويسمى مكفول به وهو الشيء الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه للدائن.

وعند مراجعة نصوص القوانين في كل من مصر، وسوريا، ولبنان، والأردن، وكــذلك مجلة الأحكام العدلية نجد كذلك بأن المشرع وكأنه يشعرنا بأن الكفالة تتم بدون علــم ورضــى المدين وأنها تنعقد على هذا الوجه صحيحة، والسبب في ذلك هو أن المدين ليس طرفاً في عقــد الكفالة وأن الكفالة لا تلزم المدين الأصلي بشيء ولا تثقل التزامه الأصلي كذلك بشيء.

ومن خلال تعريف الكفالة نستطيع القول بأن الكفالة تشترط وجود التزام مكفول، وهــذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به وكذلك دائن، كما تشترط الكفالة وجود عقد بين الكفيــل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول، وبموجب هذا الالتزام يفي الكفيل به إذا لم يفِ بــه المــدين الأصلي.

وبناءً عليه فإن الكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل وأن التزام الكفيل هذا تــابع لالتزام المدين الأصلي، وذلك من حيث الوجــود وكــذلك الــصحة، والانقــضاء والــبطلان والأوصاف [1].

ويتبين لنا من خلال التعريف بان أطراف الكفالة هم:

الكفيل: وهو الضامن الذي يلتزم مع المدين، وذلك عن طريق ضم ذمتــه إلــى ذمــة المدين.

المكفول له: وهو الدائن بالالتزام المكفول به.

المكفول عنه: وهو المدين الذي لا يعد طرفاً في العقد.

وعند التدقيق في تعريف الكفالة خصوصاً القائل بأن الكفالة هي عقــد بمقتــضاه يكفــل شخص تنفيذ الالتزام، بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه، وقد يعتقد البعض بأن العبارة الأخيرة، وهي (لم يفِ به المدين نفسه)، تفيد أن التزام الكفيل معلق علــى شرط، ولكن عند تحليل النص نجد بان التزام الكفيل غير معلق على شرط واقف في حالة عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء وذلك للحقائق التالية:

أولاً: أن التزام الكفيل التزام بات يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة أي بمجرد قيام عقد الكفالة [1].

---

(1) سعد ـــ نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص 248 – 249.

ثانياً: إنّ عبارة إذا لم يفِ به المدين تفيد بان الدائن يجب عليه أن يطالب أولاً المـــدين وينفذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل [2].

ثالثاً: إن التزام الكفيل يحل بمجرد حلول أجل الالتزام الأصلي مما يعني أنه التزام بـــاتّ غير معلق على شرط واقف[3].

رابعاً: أن تعليق التزام الكفيل على عدم وفاء المدين بالتزامه نفسه فهو أمر جوهري في عقد الكفالة وذلك لأنه يرجع إلى فكرة التبعية وكذلك إلى الدور الاحتياطي الذي يقوم به الكفيـــل [4]. أي أن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين بحيث إذا وفى هذا المدين بالالتزام الأصلي لم يعد هناك مجال لمطالبة الكفيل.

كما يبدو للطالب مما تقدم أنه يجب ألا نفهم من عبارة: (إذا لم يفِ بـــه المـــدين)، أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف وهو عدم قيام المدين الأصيل بالوفاء لأن التزام الكفيل التزام باتّ وتابع الالتزام المدين وغير معلق على شرط وكذلك لجواز كفالة الالتزام المعلق على شرط.

أما بالنسبة للموضوع الذي نود أن نتطرق إليه قبل الانتقال من تعريـــف الكفالـــة هـــو موضوع الكتابة ودورها في عقد الكفالة.

يتبين للطالب بالرجوع إلى نصوص القوانين العربية بان المشرع اشترط الكتابة للإثبات وهو بالطبع شرط ليس ضرورياً للانعقاد وإنما شرط لازم للإثبات [5].

فإذا لم توجد الكتابة يجوز الإثبات بما يقوم مقامها كالإقرار واليمين، وذلك لأن الكفالـــة تنعقد بمجرد حصول التراضي بين الكفيل والدائن [6].

ونخلص مما تقدم بأن الكفالة يجب أن تكون صريحة وبالتالي يمكن أن تنعقد كتابـــة أو مشافهة، ونستطيع كذلك أن نجيب عن الأسئلة التي ترد على هذا الموضوع مثل: هل أصبح عقد الكفالة عقدا شكليا؟

---

(1) سعد ــ نبيل إبراهيم، مرجع سابق – ص 249.

(2) أنظر نص المادة 788 من **القانون المدني المصري** و سعد ــ نبيل إبراهيم، مرجع سابق – ص 249.

(3) انظر المستشار العمروسي ــ أنور، **التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني المصري**- الطبعة الأولى لسنة 1999 – دار الفكر الجامعي – ص 237.

(4) عبد الباقي ــ عبد الفتاح، **التأمينات الشخصية والعينية** – الطبعة الثانية – لسنة 2954 – القاهرة – ص 33.

(5) أنظر المادة 773 من **القانون المدني المصري** والمادة 1059 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** والمادة 950 من **القانون المدني الأردني**.

(6) أنظر المستشار أنور طلبه – **الوسيط في القانون المـــدني** – الجـــزء الثـــاني – **العقـــود المـــسماة** – دار المطبوعات الجامعية لسنة 1980 – ص 1094.

فيجاب على ذلك ــ من خلال الرجوع إلى نصوص القوانين المتعلقة بهذا الشأن ــ بأن الكتابة شرط للإثبات وليس للانعقاد، ودليل ذلك أنه إذا تخلفت الكتابة فإنه يمكن أن تثبت بما يقوم مقام الكتابة من إقرار ويمين[1].

وقد يثور هنا سؤال، هل اشترط القانون شكلاً خاصاً لانعقاد الكفالة ؟ لقد تناول هذا الموضوع كثير من الكتّاب في بداية حديثهم عن الكتابة ودورها في عقد الكفالة ويُرَدّ على هذا التساؤل بأن القانون لم يشترط شكلاً خاصاً لانعقاد الكفالة لأن شرط الكتابة للإثبات وليس للانعقاد[2].

---

(1) رمضان أبو السعود والدكتور همام محمد زهران، **التأمينات الشخصية والعينية** ــ دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية لسنة 1998– ص 32 – وقرار محكمة التمييز الأردنية رقم 92/6 في 1992/5/20 مجلة نقابة المحامين 1994 ص 394

(2) سمير عبد السيد تناغو – **التأمينات الشخصية والعينية – الكفالة** – منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1986 – ص 24.

المطلب الثاني

مشروعية الكفالة في التشريع الوضعي

لا يخلو تشريع من التشريعات المدنية العربية إلا وقد أخذ بعقد الكفالة، ــ ولا غرابة في ذلك لأسباب سوف تذكر فيما بعد ــ، ولكن لا بد للطالب هنا من بيان مشروعية عقد الكفالة في التشريعات المدنية العربية.

لقد اتفقت التشريعات العربية المدنية على مشروعية الكفالة، حيث جاء في القانون المدني المصري، وقانون الموجبات والعقود اللبناني، والقانون المدني العراقي والسوري أن الكفالة: ((عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهّد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه))[1].

ونص القانون المدني الأردني، ومجلة الأحكام العدلية والقانون الإماراتي على مشروعية الكفالة بأنها:((عقد بمقتضاه تضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام))[2].

وبالرجوع إلى نصوص القوانين المدنية العربية نجد أن عقد الكفالة مأخوذ به في كافة هذه التشريعات فقد نظم المشرع المصري أحكام عقد الكفالة ونص عليها في القانون المدني من المادة 772 حتى المادة 801 منه، وفي المقابل نجد كذلك أن المشرع اللبناني قد نظم أحكام عقد الكفالة في قانون الموجبات والعقود في الكتاب الثاني عشر ضمن أربعة أبواب من المادة 1053 حتى المادة 1107 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

أما المشرع الأردني فقد نظم أحكام عقد الكفالة في الفصل الأول من الباب الخامس من القانون المدني ضمن ثلاث وأربعين مادة ابتداءً من (المادة 950 وحتى المادة 993).

وأما المشرع السوري فقد نظم أحكام عقد الكفالة في القانون المدني وتحدث عنها في (المواد من 738 ــ 752). وفي المقابل فإن المشرع العراقي قد تحدث عن الكفالة في القانون المدني من (المادة 1008 ــ 1047) منه، وأما المملكة العربية السعودية فقد ظلت الشريعة الإسلامية هي التي تطبق على الكفالة وأحكامها.

---

(1) هذا ما نصت عليه المادة 772 من **القانون المدني المصري** والمادة 1053 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**، والمادة 738 من **القانون المدني** السوري، والمادة 1008 من **القانون المدني العراقي**.

(2) هذا ما أشارت إليه المادة 950 من **القانون المدني الأردني**، والمادة 612 من **مجلة الأحكام العدلية**، والمادة 1056 **مدني إماراتي** .

المبحث الثاني

التعريف بالكفالة ومشروعيتها في الفقه الإسلامي

سوف نتكلم في هذا المبحث عن تعريف الكفالة ومشروعيتها في الفقه الإسلامي بجميـــع مذاهبه، وذلك ضمن مطلبين:

المطلب الأول : التعريف بالكفالة في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني :مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول

التعريف بالكفالة في الفقه الإسلامي

تعرف الكفالة لغة عند الحنفية والحنابلة بأنها: الضم. قال تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا [1] ﴾ أي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها[2]. وعند الشافعية هي: الالتزام[3].

اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعاً لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر، فهناك من الحنفية من عرف الكفالة بأنها: (ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة).

ولفظ المطالبة بإطلاقها تشمل المطالبة بالنفس أو بالدين أو بالعين، وذلك لأن الكفيل والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له[4]. فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل، ولا يسقط عن الأصيل. وهذا هو قول جمهور الحنفية.

ومنهم من عبر عنها بأنها: (ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين). وعليه فإن الدين في ذمتهما جميعاً. والتعريف الأول هو الأصح عندهم(5)؛ وذلك لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس(6). وعليه فإنها تشمل أقسام الكفالة الثلاثة وهي: العين والدين والنفس.

وتصحيح الحنفية للتعريف الأول أعم وأشمل لأنواع الكفالة الثلاثة من هذه الناحية، أما من ناحية الواقع بالنسبة لأحكام الكفالة فقد استظهر ابن عابدين أن الفقهاء متفقون على ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل، بدليل الاتفاق على صحة هبة الدين والشراء، ولو كانت الكفالة ضماً في المطالبة فقط بدون دين لزم ألا يؤخذ المال من تركة الكفيل، لأن المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس، مع أن المنصوص عليه حتى عند الحنفية هو أن المال يحل بموت الكفيل، ويؤخذ من تركته(7).

---

(1) **سورة آل عمران**: آية 37.

(2) أنظر: شيخي زاده ــ عبد الرحمن بن محمد (داماد)، **مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحر**، دار إحياء التراث العربي، 2 /123. الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبدة السيوطي، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي، دمشق.، 3 / 292.

(3) الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الفكر للطباعة، بيروت 1404هـ - 1984م، 4 /432.

(4) شيخي زادة، **مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحر**، مصدر سابق، 2 /123. بتصرف.

(5) ابن الهمام، كمال الدين، **فتح القدير**، دار الفكر ، 7 /163.

(6) شيخي زادة، **مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحر**، مصدر سابق، 124/2.

(7) محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الكتب العلمية، 282/5.

فالتعريف الأول عام شامل لأقسام الكفالة الثلاثة وأما الثاني فإنه مقصور على الكفالة في الدين فقط. فإذا كان لشخص على آخر دينٌ فإن له أن يطالبه بكفيل ليضمه إلى المكفول عنه للتوثيق. فأصحاب القول الثاني يجعلون للمكفول له الحق في مطالبة الكفيل بالدين مع شغل ذمة الكفيل به، وأما على القول الأول فإن ذمة الكفيل غير مشغولة بذلك الدين لأن الدين المكفول به قد شغلت به ذمة الأصيل ــ المكفول عنه ــ فقط.

إلا أن هناك خلافاً كبيراً بين هذين التعريفين إلا أن الطالب لا يجد فيه ثمرة ذات إنتاجية لهذا الخلاف وذلك سنداً على أن أصحاب القول الأول الذين ذهبوا إلى أن الكفالة هي الضم في المطالبة لا ينفون أنها قد تكون ضماً في أصل الدين إلا أنهم نظروا إلى شمول التعريف لأقسام المعرف، وذلك لأن الذي يتصور فيه ضم ذمة إلى ذمة في أصل الدين إنما هي الكفالة بالدين فقط، وأما القسمان الآخران فإنه لا يتصور فيهما ذلك.زد على ذلك أن كفالة النفس ليس فيها شغل لذمة الكفيل، فليس لصاحب الدين إلا أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول به بذاته، ومثل ذلك الكفالة بالأعيان، والمقصود بها هي الأعيان المضمونة بنفسها (المرهونة)التي يجب ردها بعينها إن كانت موجودة أو بمثلها أو بما تساوي قيمتها إن كانت هالكة. والأعيان المضمونة بغيرها التي يستوجب تسلميها بذاتها ما دامت موجودة ولا يجب تسليم مثلها ولا بما يعادل قيمتها إن هلكت1.

وأما المالكية فقد قالوا: إن الضمان والكفالة والحمالة والزعامة بمعنى واحد هو: شغل ذمة أخرى بالحق(2). أي أن يشغل صاحب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون.

جاء في مواهب الجليل: ((الضمان شغل ذمة أخرى بالحق، قال المازري في شرح التلقين: الحمالة في اللغة والكفالة والضمانة والزعامة كل ذلك بمعنى واحد))3.

فإذا كفل شخص آخر في مال فإن ذمته تشغل بذلك المال كما شغلت به ذمة الأصيل بدون أن يتوقف على أمر آخر، إلا أنه في ضمان الطلب وضمان الوجه فإن شغل الذمة بالمال فيهما يتوقف على أمر آخر حسب كل واحد منهما ففي ضمان الطلب توقف شغل الذمة على تفريط الكفيل فغي الإتيان بالمكفول به وفي ضمان الوجه توقف شغل الذمة على عدم الإتيان بالمكفول به.

وعلى هذا فإن تعريف المالكية شامل لأشكال الكفالة الثلاثة عندهم: الكفالة بالمال،

---

(1) عبد الرحمن الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، دار الفكر، الطبعة الأولى،1417 هـ ــ 1996م، 188/3 ــ190 بتصرف.

(2) محمد بن محمد بن عبد الرحمن (الحطاب)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر، 96/5.

(3) المصدر ذاته، 5 / 96.

والكفالة بالوجه، والكفالة بالطلب،فيتبين لنا على غرار كفالة بالمال والتي هي شغل ذمة الكفيل بالحق الذي شغلت به ذمة الأصيل فكذلك الكفالة بالوجه، والكفالة بالطلب، فكل منهما ينطبق عليه بأنه شغل لذمة أخرى غير الذمة الأصلية في المطالبة بالحق الذي يثبت على الأصيل.

وأما بالنسبة للشافعية فقد قالوا: إن الكفالة عقد يقتضي التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة، أو إحضار بدن من يستحق حضوره.

جاء في أسنى المطالب: ((الضمان هو لغة الالتزام وشرعا يقال: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك))(1).

فقد قسم الشافعية الكفالة إلى ثلاثة أقسام :أولاً كفالة بالدين الثابت في الذمة، وثانيا كفالة بالعين، والثالث كفالة بالنفس. والكفالة عندهم نوع من الضمان، وهي خاصة بضمان الأبدان.

وسندا على هذا التقسيم يتبين أن الشافعية يفرقون بين مفهومي الضمان الكفالة و أوقات استخدام كل منهما ، فيخصون الضمان فيما يتعلق بالدين أو العين، و تختص استخدامات الكفالة فيما يتعلق بالضمان بالأبدان.

في حين أن الحنابلة يرون بأن الضمان هو: التزام ما وجب أو يجب على الغير مع بقائه على المضمون أو التزام إحضار من عليه حق مالي لصاحب الحق.

وقد جاء في كشاف القناع: ((الضمان التزام من يصح تبرعه وهو جائز التصرف، بما وجب على غيره، أو بما يجب،على غيره مع بقاء ما وجب أو يجب على الغير))(2).

وورد فيه أيضا عن مفهوم الضمان أنه: ((التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حق مالي إلى مكفول له))(3).

فإذا كفل شخص آخر في دين فقد شغلت ذمته بذلك الدين كذمة المكفول عنه، فلم ينتقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل بل هو باق مع شغل ذمة الكفيل أيضا. وللمكفول له أن يطالب الإثنين، فإذا برئت ذمة المكفول عنه برئت ذمة الكفيل لأنه تابع له، وأما إذا برئت ذمة الكفيل من الكفالة فلا يعني أن ذمة المكفول عنه قد برئت.

ويدل التعريف على جواز كفالة ما يؤول إلى الوجوب وإن لم يكن واجبا بالفعل كالعين المغصوبة والمستعارة، فإنها وإن لم تكن واجبة في ذمة الغاصب أو المستعير بالفعل إلا أنها تؤول إلى الوجوب لأنه يجب ردها إلى صاحبها ما دامت قائمة ورد قيمتها إن كانت هالكة، فمعنى كفالة هذه الأعيان هو: كفالة بردها في حال وجودها أو رد قيمتها أو ما يساويها عند

---

(1) زكريا بن محمد الأنصاري، **أسنى المطالب شرح روضة الطالب**، دار الكتاب الإسلامي، 235/2.

(2) الشربيني، محمد الخطيب، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، دار إحياء الكتب العربية، 3 / 292.

(3) المصدر ذاته، 3 / 375.

هلاكها.

وكذلك كفالة الديون التي تجب في المستقبل بأن يكفل ما يلزمه من ديـن، بـأن يعامـل شخص تاجراً فإن له أن يأتي بضامن يضمنه فيما يلزمه من دين التجارة التي يأخذها شيئاً فشيئاً. ويشمل التعريف أيضاً كفالة إحضار من عليه حق مالي عند الحاجة وهي الكفالة بالنفس.

أما الظاهرية فيرون أن الضمان: (نقل الدين من ذمة إلى أخرى). وهذا التعريف لـم يرد نصاً عند الظاهرية، وإنما يؤخذ من خلال ما ذكره ابن حزم في بيان أثر الضمان: حيث قال: ((سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن، ولزمه بكل حـال)) (1). والمـراد بانتقال الدين من ذمة المدين إلى ذمة الضامن: أن ذمة المدين تبرأ بعقد الكفالة، وتـصبح ذمـة الكفيل مشغولة بالدين المكفول به بدلاً من انشغال ذمة المدين بها،وفي هاته الحالـة ولا يحـق للكفيل الرجوع على الدائن ولو تقرر أخذ الحق من الكفيل.

وتعرف الشيعة الإمامية الضمان بأنه: ((عقد شرع لنقل الدين من ذمة إلى أخرى غيـر مشغولة بمثله))(2). وعلى ذلك فالضمان عند الأمامية هو: عقد ينتقل بموجبه الدين مـن ذمـة الأصيل إلى ذمة الكفيل، ولذلك فإن ذمة الأصيل تصبح بريئة من ذلك الدين بموجب عقد الكفالة، لكن بشرط أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة بدين للمدين؛ لئلا يكون فيه معاوضة بين الـدينين؛ وذلك لأن الضمان عقد من عقود التبرعات لا يقصد به المعاوضة، وهذا التعريـف يتفـق مـع تعريف الظاهرية: بأن الدين ينتقل من ذمة المدين إلى ذمة الضامن.

إلا أن هذا الرأي خالفه جمهور الفقهاء فيرون أن الضمان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه، ولا ينقل الدين.

وعرفة الشيعة الزيدية الضمان بأنه: (ضم ذمة إلى أخرى في الدين) (3). وبناء علـى ذلك فإن ذمة المدين تبقى مشغولة بالدين وتضم معها ذمة الكفيل فتكون مشغولة بالدين مع بقـاء شغل ذمة الأصيل بها. وهذا التعريف يتفق مع التعريف الثاني عند الحنفية، ومما يلاحظ عليه أنه غير جامع لأقسام الضمان؛ لأنه اقتصر على ذكر قسم واحد من الضمان وهو ضمان الدين.

وبدراسة هذه التعريفات يتضح للطالب بأن كلا من الفقهاء قد عـرف الكفالـة بـالأثر المترتب عليه عنده.

فالجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية يرون أن الـضمان يترتب عليه ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، ولذا عرفوا الضمان بأنه: (ضم ذمة إلـى ذمـة

---

(1) ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، المكتب التجاري للنشر، بيروت، 8 / 110 ـــ 111.

(2) الحلي، أبي قاسم، المختصر النافع في الفقه الإمامي، 1 / 142 ، دار الكتاب العربي، مصر.

(3) أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، **التاج المذهب لأحكام المذهب**، مكتبة اليمن،4 /385.

أخرى).

وأما الظاهرية والشيعة الإمامية فيترتب على الضمان عندهم انتقال الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل، ولذا عرفوا الضمان بأنه: (نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل).

ومن خلال هذا الدراسة نلاحظ ما يلي:

أولاً: نصت بعض التعريفات على أن الضمان عقد، وعليه فيشترط لانعقاده: الإيجاب والقبول، على حين يرى جمهور الفقهاء على أن الضمان: عقد تبرع من الكفيل، فيشترط فيه الإيجاب من قبله دون توقف على قبول من الدائن.

ثانياً: أن تعريفات الجمهور جميعها مبنية على أن حكم الكفالة هو: انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل.

ثالثاً: أن بعض الفقهاء قد ذهبوا إلى أن الانضمام بين ذمة الكفيل وذمة الأصيل يكون في المطالبة فقط مع بقاء الدين في ذمة الأصيل، وهذا ما ذهب إليه الحنفية في تعريفهم الأول، وأما تعريفات الفقهاء الأخرى فإنها تدل على أن هذا الانضمام يكون في الدين، وعليه فإن ذمة الكفيل تصبح مشغولة مع بقاء ذمة المدين مشغولة أيضاً.

رابعاً: إن تعريفات المالكية والشافعية والحنابلة لا تختلف عن بعضها في المضمون، إلا من حيث إيراد بعض الاشتراطات والقيود التي يراها بعضهم بناء على حكم الكفالة عنده.

والذي يترجح للطالب: أن التعريف الأول للكفالة ــ أنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في التزام الحق الواجب حالاً أو مستقبلاً ــ شامل لأنواع الكفالة؛ لأن التزام الحق قد يكون بالمال، وقد يكون بالنفس، فهذا التعريف جامع لأقسام المعرف، ومانع من دخول غيره فيه.

المطلب الثاني

مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي

لقد ورد النص على مشروعية الكفالة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع علماء المسلمين. فمن القران الكريم: قوله تعالى: ﴿ وَلا تَنقُضُوا الأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴾(1). فمعناه كفيلا على مقتضى أيمانكم(2). وقوله جل جلاله:﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾(3). أي كفيل: ضامن، فقوله أنا زعيم: نص في جواز الكفالة(4). وحمل البعير كان معروفا عندهم، وما ثبت في شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا ما لم يظهر نسخه، وقد ورد في شرعنا ذلك كخبر ﴿الزَّعِيمُ غَارِمٌ ﴾(5). وقوله جل وعلى: ﴿ فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ ﴾(6). وهذا كفالة ببدن(7). وقوله تعالى: ﴿ سَلْهُم أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ ﴾(8) أي: كفيل. وقوله تعالى: ﴿ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾(9).

وأما من السنة النبوية المطهرة فقد جاء عن أبي أمامة الباهلي قال: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ فِي خُطْبَتِهِ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ: ﴿ إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى لِكُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ وَحِسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ وَمَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوِ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ التَّابِعَةُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ لا تُنْفِقُ امْرَأَةٌ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا إِلا بِإِذْنِ زَوْجِهَا قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَلا الطَّعَامَ قَالَ ذَلِكَ أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا ثُمَّ قَالَ الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ ﴾(10). وقال ﷺ: ﴿أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا وَأَشَارَ بِالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى وَفَرَّجَ

---

(1) **سورة النحل**: آية 91.

(2) محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، **شرح النيل وشفاء العليل**، مكتبة الإرشاد، 433/9.

(3) **سورة يوسف**: آية72.

(4) محمد بن عبد الله الأندلسي (ابن العربي)، **أحكام القرآن**، دار الكتب العليمية، 3 /64.

(5) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، **المبسوط**، دار المعرفة، 161/19. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، المطبعة الميمنية، 3 / 150.

(6) **سورة يوسف**: آية 78.

(7)أحمد بن يحيى بن المرتضى، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، دار الكتاب الإسلامي، 6 / 70.

(8) **سورة القلم**: آية 40.

(9) **سورة آل عمران**: آية 44.

(10) محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، **الجامع الصحيح سنن الترمذي**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، 4 / 433 حديث رقم: (2120). وقال حسن صحيح. سليمان بن

بَيْنَهُمَا شَيْئًا ﴾(1). وورد كذلك عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهَا فَقَالَ: ﴿هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ قَالُوا: لا فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى فَقَالَ هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ قَالُوا نَعَمْ قَالَ صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ قَالَ أَبُو قَتَادَةَ: عَلَيَّ دَيْنُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّى عَلَيْهِ﴾(2). وأما بالنسبة للإجماع فقد نقل كثير من الفقهاء الإجماع على جواز الكفالة، ومشروعيتها للتعهد بالمال لحاجة الناس إليها ودفع الضرر عن الدائن. وأما الكفالة بالنفس فإن الجمهور على جوازها وذلك:

أولا: لعموم حديث ﴿ الزَّعِيمُ غَارِمٌ ﴾(3). فلم يخصص الكفالة بنوع دون نوع آخر بل جاءت بلفظ عام شامل لأنواع الكفالة.

ثانيا: بدعوى الحاجة إلى الاستيثاق في المال أو البدن، فلو لم تجز الكفالة لأدى إلى الحرج، وتعطلت المعاملات المحتاج إليها. فقد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن، أو لا يطمئن المشتري إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله في المبيع، وذلك في السلم(4). قال في المبسوط: ((بُعِثَ النبي صلى الله عليه وسلم والناس يتكفلون فأقرهم عليه))(5)، وعليه الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا من غير نكير. ولهذه الأدلة رأى بعض الفقهاء أن الكفالة مندوبة لقادر واثق بنفسه آمن غائلتها، وإلا فمباح.

وقد شرعت الكفالة توثيقا للحقوق وتحقيقا التعاون بين الناس وتيسيراً لمعاملاتهم، ليطمئن صاحب الحق للوصول إلى حقه، ودفع الحرج عن الناس.

الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، دار الفكر، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد،3 / 296 حديث رقم: (3565).

(1) محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، **الجامع الصحيح المختصر**، دار ابن كثير , اليمامة، بيروت، سنة النشر 1407 – 1987، الطبعة الثالثة، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، 5 / 2032 حديث رقم: (4998).

(2) البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، 2 / 803 حديث رقم: (2173).

(3) سبق تخريجه.

(4) الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبدة ، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي، ج3 ص 292 ــ 313. جعفر بن الحسن الهذلي، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان، 2 / 88. ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 7 / 163. ابن المرتضى، البحر الزخار، 6 / 60. محمد بن شهاب الدين الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الفكر، 4 /432. أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، **الفواكه الدواني**، دار الفكر، 2 /240. عبد الله بن أحمد ابن قدامة، **المغني**، دار إحياء التراث العربي، 4 / 344.

(5) السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، 19 / 161.

وبعد استعراض ما سبق من الأدلة يتضح للطالب بأن الكفالة مشروعة بالقرآن الكــريم والسنة النبوية والإجماع، وأنها بشرعيتها موافقة لروح الشريعة الإسلامية الغراء التي تدعوا إلى حفظ الأموال والحقوق، إذ أن الحاجة داعية لتشريع ما يضمن للناس حفظ أموالهم وحقوقهم، ولا يتم ذلك على الوجه الأكمل إلا بتشريع الكفالة.

الفصل الثاني

خصائص الكفالة

نبحث في هذا الفصل المسائل التالية:

- المبحث الأول: خصائص الكفالة في التشريع الوضعي.
- المبحث الثاني: خصائص الكفالة في الفقه الإسلامي .
- المبحث الثالث: المقارنة بين تعريف الكفالة و خصائصها.

المبحث الأول

خصائص الكفالة في التشريع الوضعي

بالرجوع إلى تعريف الكفالة نجد أنها " عقد بمقتضاه يكفل شخص بتنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه ".

وعلى ضوء هذا التعريف نستطيع أن نجمل خصائص الكفالة ضمن خمسة مطالب:

المطلب الأول: عقد ضمان شخصي.

المطلب الثاني: عقد رضائي.

المطلب الثالث: عقد ملزم لجانب واحد.

المطلب الرابع: عقد تبرعي.

المطلب الخامس: عقد تابع.

المطلب الأول

الكفالة عقد ضمان شخصي

عند الرجوع إلى نصوص المواد التي تعرف الكفالة نجد بأن الكفالة تمنح الدائن تأميناً شخصياً، وذلك من خلال التزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفائه(1).

نستنتج من ذلك أن للدائن حق الضمان لمدينه، وكذلك حق الضمان العام لكفيله، وكذلك للمدين حق الضمان لكفيله في حالة عدم قيامه بالوفاء.

إلا أن الكفالة لا تجنب مخاطر الإعسار لأنها لو كانت كذلك كان هذا الاحتمال قائماً بالنسبة للكفيل(2).

وبناً على ما تقدم يلاحظ بان الكفالة عقد ضمان شخصي وذلك للحقائق التالية:

أولاً: لأنها تقوم بدور تامين الدائن في حالة عدم استطاعة استيفاء حقه من قبل المدين وعندما يقوم الكفيل بضمان دين غيره عن طريق كفالة دين المدين.

ثانياً: لأن الكفالة تقي الدائن خطر إعسار مدينه، وذلك عن طريق كفالة الكفيل لدين المدين.

ثالثاً: ومما لا شك فيه أن الكفيل عندما يقوم بكفالة دين المدين فإن ذلك سوف يزيد من دقة الدائن في حصوله على حقه فيحقق به الضمان.

رابعاً: زادت من تدخل البنوك والمؤسسات المالية في تحويل المشروعات وتسهيل أمور الأفراد، معتمدين في ذلك على ما يقدموه من كفالة باعتبارها أداة تامين تكفل لهم عودة أموالهم.

خامساً: لأن الكفالة تجنب البنوك والمؤسسات المالية خطر إعسار مدينهم، إذ تستطيع هذه المصارف التنفيذ على الكفيل الذي يضمن الوفاء بالدين.

أما بالنسبة لكون الكفالة تتسم بالشخصية، فان ذلك يرجع بالدرجة الأولى إلى ما يضعه الكفيل من ذمته المالية بجانب الذمة المالية لمن كفله أي المدين، وهذا لا يعني أن الدائن له أن ينفذ على ما يشاء من أموال الكفيل، فلهذا الأخير أن يطلب من الدائن التنفيذ على مال معين من

---

(1) أنظر نص المادة 772 من **القانون المدني المصري**، والمادة 1053 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**، والمادة 1008 من **القانون المدني العراقي**، والمادة 950 من **القانون المدني الأردني**، والمادة 612 من **مجلة الحكام العدلية**.

(2) سعد – نبيل إبراهيم، مرجع سابق – ص 250.

أمواله خصوصاً إذا كانت قيمة هذا المال الذي طلب لتنفيذ عليه تكفي للوفاء بدين الدائن، وكذلك كان التنفيذ على أموال الكفيل الأخرى يلحق خسارة بالكفيل (1).

---

(1) يكن - زهدي ، مرجع سابق، ص 226.

المطلب الثاني

الكفالة عقد رضائي

فالكفالة عقد كبقية العقود تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها بقية العقود من حيث الانعقاد، بحيث يجب أن تتوافر فيها أركان ثلاثة: الرضا، والمحل، والسبب.

وتخضع الكفالة للقواعد العامة من حيث قابلية العقد للإبطال لعيب يشوب إرادة أحد العاقدين (1).

إلا أن المشرع في بعض القوانين المدنية العربية ــ كالتشريع اللبناني ــ قد خرج عن القواعد العامة في الإثبات(2)، وذلك كله حماية للكفيل. والمشرع لم يقصد من ذلك أن يجعل عقد الكفالة عقداً شكلياً (3).

لقد حرص المشرع المدني العربي على الأخذ برضا طرفي الكفالة فقط، حيث قرر انعقاد العقد برغم من عدم رضا المدين المكفول عنه ودون أن يشترط شكلاً معيناً لانعقادها فتتم بالضغط ونحوه إذا دل على الرضا.

وكما أسلفنا فإن شرط الكتابة ضروري في الكفالة ليس للانعقاد وإنما للإثبات أي أن عقد الكفالة عقد رضائي أنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات سواء بالكتابة أو بالبينة، أو بالقرائن الدالة على اتجاه إرادتي الكفيل والدائن لانعقاده أو شهادة الشهود.

والمشرع الأردني كذلك يعتبر بأن عقد الكفالة ينعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن دون رضا المدين لأنه لا يعد طرفاً فيها (4).

ولا يحتاج عقد الكفالة إلى شكل خاص في انعقاده، فقد يتم كتابة أو مشافهة على عكس العقود الأخرى كالرهن والتأمين (5).

---

(1) العمروسي – أنور ، مرجع سابق – ص 241.

(2) هذا هو حكم المادة 773 **مدني مصري**، والمادة 1059 **موجبات وعقود لبناني**.

(3) باز – سليم رستم ،شرح المجلة المجلد الأول الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ،ص 336 وما بعدها. والدكتور يحيى– عبد الودود، **التأمينات الشخصية والعينية**، طبعة 1985، القاهرة، ص 33.

(4) هذا ما نصت عليه المادة 621 من **مجلة الأحكام العدلية**، والمادة 951 من **القانون المدني الأردني**.

(5) نص المادة 773 من **القانون المدني المصري**، والمادة 1059 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**، فالمشرع في هذه المواد لم يشترط الكتابة للانعقاد وإنما للإثبات ودليل ذلك كما يرى الدكتور رمضان أبو السعود وكما يرى الطالب أنه يجوز إثبات الكفالة بما يقوم مقامها كالإقرار واليمين والشهادة ، أي لو كانت –الكتابة

المطلب الثالث

الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

بالرجوع إلى تعريف الكفالة نجد بأن أطراف الكفالة هما الدائن والكفيل، ونجد كذلك بأن الكفيل يلتزم قبل الدائن بوفاء الدين إذا لم يفِ به المدين وهو محل الكفالة، وأن المدين ليس بطرف في الكفالة.

ويتضح كذلك بان الدائن لا يلتزم قبل الكفيل بشيء ومن هنا نستطيع القول بان الكفالة عقد ملزم لجانب هو الكفيل (1).

ويلاحظ كذلك بان الالتزامات التي فرضها القانون لا تقيد من طبيعة الكفالة كونها عقداً ملزماً لجانب واحد وذلك للأسباب التالية:

أولا: لأن هذه الالتزامات مصدرها القانون وليس عقد الكفالة ذاته لأن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة (2).

ثانيا: أن هذه الالتزامات تأتي بعد إبرام عقد الكفالة، والأصل أن صفة الالتزام للجانبين إنما تقرر للعقد نتيجة للآثار التي يرتبها بذاته في وقت لاحق لإبرامه (3).

ثالثا : إن هذه الالتزامات تنشأ بمناسبة وفاء الكفيل بالدين، ولا يقتضي عقد الكفالة ذاته (4).

وبالرغم من وجود هذه الحقيقة – وهي أن عقد الكفالة ملزم لجانب واحد – إلا أن البعض يرى بأن الكفالة عقد ملزم للجانبين،(5).

شرطا للانعقاد لما أدى الإثبات بغيرها، أنظر في هذا الرأي الدكتور سمير عبد السيد تناغو – مرجع سابق – ص 24.

(1) أنظر السنهوري – عبد الرزاق – مرجع سابق – ص 24، ورمضان أبو السعود وهمام زهران ، مرجع سابق ص 33، و تناغو – سمير عبد السيد ، مرجع سابق – ص 21 وما بعدها، و طلبه –أنور ، مرجع سابق – ص 1092، و العمروسي – أنور ، مرجع سابق – ص 237.

(2) تناغو – سمير عبد السيد ، مرجع سابق ، ص 22 و سعد – نبيل ، مرجع سابق ص 215.

(3) أبو السعود ، رمضان ، مرجع سابق ، ص 33.

(4) منصور – مصطفى منصور – **عقد الكفالة** – القاهرة – طبعة 1960 – ص 13 – هامش 1 ، والدكتور السرحان – عدنان إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 183.

(5) من أنصار هذا الاتجاه الدكتور الشرقاوي – جميل – **التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني اليمني** –ط1987 – دار النهضة العربية – ص 23، والدكتور تناغو – سمير عبد السيد– مرجع سابق – ص 23

وذلك ليس باعتباره عقد كفالة وإنما باعتباره عقد تأمين أي ما يسمى بتامين الائتمان، إلا أن هذا الاتجاه قد تعرض للنقد من قبل مؤيدي الاتجاه القائل بان الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الكفيل على أساس أن ذلك تمسك بالمعيار الشكلي، وكذلك الأساس الذي يعتمد عليه عقد التأمين وهو وجود الخطر الحقيقي وهو ما لا يتصور التأمين بغيره، لأن الكفيل سيرجع على المدين بما دفعه من دينه وفاء لحق الدائن(1)، وكذلك لأن أساس تقسيم العقود إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة للجانبين يكون ذلك بحسب ما ينتج عن هذه العقود من التزامات وقت التعاقد وليس وقت الوفاء بالالتزام الأصلي (2).

والطالب يؤيد ما ذهب إليه الاتجاه القائل بان الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل وذلك لكل الأسباب السابق ذكرها وكذلك لكون عقد الكفالة عملاً من أعمال التبرع فالعقد الملزم للجانبين يرتب التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدين إذا التزم فيها الدائن بدفع مقابل للكفيل قابل ضمانه دين المدين.

وهذا يتنافى مع صفة التبرع فكما يعلم الجميع بان الكفالة لا ترتب عند التعاقد الا التزاماً واحداً هو التزام الكفيل بوفاء دين الدائن، أما الالتزامات التي ترتبها بعد وفاء الكفيل دين الدائن فإنها تكون بمناسبة وفاء الكفيل للدين وليس بمقتضى عقد الكفالة ذاته، أي أن هذه الالتزامات مصدرها القانون وليس عقد الكفالة ذاته.

وبناءً على ما سبق نلاحظ بان صفة الالتزام للجانبين إنما تقرر للعقد نتيجة للآثار التي يرتبها بذاته وفي وقت إبرامه لا نتيجة للآثار المترتبة على واقعة مستقلة وآتية في وقت لاحق لإبرامه.

حيث يرجح بأن العقد عقد تأمين وليس كفالة حيث نص " والرأي الذي نفضله الرأي الأول حيث يعتبر هذه العقد من صور التأمين لا من صور الكفالة " وكذلك الدكتور سعد – نبيل ابراهيم – مرجع سابق ص 254.

(1) من أنصار هذا الاتجاه السنهوري – **الوسط في شرح القانون المدني** – ج 10، **التأمينات الشخصية والعينية** – دار النهضة العربية – القاهرة هامش 1، حيث يؤيد اعتبار العقد كفالة وليس تأمينا فهو يرى أن مسغاة النصوص التي استند إليها الرأي العكس هي مجرد " شروط وضعها القانون المدني وواجب على الدائن مراعاتها حتى يستطيع استيفاء الدين كاملا " والدكتور عدنان 'إبراهيم السرحان في كتابه **العقود المسماة** ، ص 182 أن العقد ينقلب إلى عقد لزم للجانبين إذا التزم الدائن بعوض يستحقه الكفيل مقابل كفالته ويكون ذلك عندما يحترف الكفيل أعمال كفالة الغير كالمصاريف، أي يبقى محصوراً في نطاق القانون التجاري والقوانين الخاصة بالبنوك ، والدكتور عبد الباقي – عبد الفتاح – مرجع سابق – ص 38، والدكتور سعد – أحمد محمود _ مرجع سابق – ص 97

(2) مرسي – محمد كامل – **التأمينات الشخصية والعينية** – الطبعة الثانية – 1941 – القاهرة – ص 23 والسنهوري – مرجع سابق – ص 24 هامش 1.

وبناء على ما تقدم يجد الطالب بان عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل الــذي يلتزم بوفاء دين الدائن الذي هو محل الكفالة أما الدائن المكفول له فلا يلتزم بشيء بموجب عقــد الكفالة.

فإذا كان عقد الكفالة ملزماً لجانب واحد هو الكفيل فهذا لا يعني أن الكفالة تنعقد بــإرادة منفردة، بل عقد الكفالة كباقي العقود التي لا تتم إلا بتبــادل إرادتــين متطــابقتين مــن الكفيــل والدائن(1).

ومما لا شك فيه أن المدين إذا التزم بدفع مقابل الكفيل مقابل كفالة لدين، فإن الكفالة تبقى ملزمة لجانب واحد، لأن المدين ليس بطرف في الكفالة بل أطــراف الكفالــة همــا: الكفيــل، والدائن، والكفيل وحده هو الملتزم.

أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الكفيل وهذا هو الأصل، ولا مانع مــن أن تكون ملزمة للجانبين إذا التزم الدائن بدفع مقابل الكفيل نظير كفالته الدين، وهذا نــادر الوقــوع حقيقة بسبب بسيط لكونه يتعارض مع تعريف الكفالة الذي اتفقت عليه غالبية التشريعات العربية، فلو كان الدائن ملزماً بتقديم مقابل للكفيل لقاء كفالته الدين لما سميت كفالة.

(1) السنهوري – عبد الرزاق – مرجع سابق – ص 24.

المطلب الرابع

عقد الكفالة عقد تبرعي

لقد اختلف شراح القوانين العربية المدنية حول اعتبار عقد الكفالة عقد معاوضة أم عقد تبرع ؟

فقد ذهب غالبيهم إلى أن عقد الكفالة عقد معاوضة، بالنسبة للدائن المكفول له لأنه أخذ الكفالة في مقابل الدين، وكذلك الكفيل الذي لم تتوافر لديه نية التبرع، لأنه قصد من كفالته حمل الدائن على قبول حد أجل الدين المكفول إذا كانت الكفالة لاحقة لنشوء الدين، وكذلك لأنه إذا أدى الدين جاز له الرجوع على المدين بما أداه (1).

ويبرر هؤلاء الشراح اعتبار الكفالة عقد معاوضة لان المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطى القابل لمتعاقد الأخر.

ويرى البعض الأخر أن الكفالة في الأصل من عقود التبرع التي لا يأخذ فيها أحد الطرفين وهو الكفيل مقابلاً للضمان الذي قدمه للدائن المكفول له، والذي لا يعطي فيه الطرف الأخر الدائن المكفول له مقابلاً للضمان الذي حصل عليه (2).

ويستند هؤلاء الشراح في اعتبار الكفالة عقداً من عقود التبرع وليست عن عقود المعاوضة، إلا أن الدائن لا يعطي الكفيل شيئاً يدخل ذمته المالية في مقابل الكفالة.

فمن خلال دراسة أراء هؤلاء الشراح التي جاء بها مؤيد لاعتبار الكفالة عقداً من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع يرى الطالب بأن الكفالة عقد من عقود التبرع وذلك للأسباب التالية:

أولاً: لأن القول بأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطى المقابل للمتعاقد الأخر، يتعارض مع التعريف المستقر لعقد المعاوضة بأنه " العقد الذي يأخذ فيه كل من

---

(1) السنهوري – عبد الرزاق – **نظرية العقد** – ص 135. وكذلك **الوسيط في شرح القانون المدني** – مرجع سابق – ص25 والدكتور مر قس – سليمان – **الوافي في شرح القانون المدني** – المجلد الثالث – الكفالة – طبعة 1994 – القاهرة – ف9 – ص14، والدكتور سعد – أحمد محمود – **عقد الكفالة** – الطبعة الأولى – 1994 دار النهضة العربية – ص 101 – 102.

(2) يؤيد هذا الرأي المستشار عبد التواب – معوض – **المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني** – ج4، الطبعة الرابعة لسنة 1998 منشأة المعارف ص 134، وكذلك الدكتور تناغو – سمير عبد السيد – مرجع سابق – ص 24، والدكتور أبو السعود – رمضان أبو – مرجع سابق – ص 38 والدكتور نبيل إبراهيم سعد – مرجع سابق – ص 235 – 254.

المتعاقدين مقابلاً لما يعطي، ويعطي قابلاً لما يأخذ والكفيل لم يأخذ من الدائن المكفول له شـيئاً مقابل الضمان الذي قدمه.

ثانياً: لأن الدائن لا يعطي الكفيل شيئاً يدخل ذمته في مقابل الكفالة ويؤيد ذلـك المثـال التالي الذي يصعب التشكيك في حصته، وهو البيع بثمن مؤجل وأخذ البائع كفيلا بالثمن، فعقـد المعاوضة إنما يؤخذ بين البائع والمشتري أما بين البائع والكفيل فلا يمكن أن تكون العلاقة بينهما معاوضة، وذلك لأننا إذا قلنا أن الكفالة عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول له " أخذ الكفالة في مقابل الدين " فإن ذلك يعني أن الدائن (البائع) قد أعطى مقابلا مرتين: مرة إلى المدين (وهو المشتري) ومرة إلى الكفيل، وهذا غير صحيح، لأن كل ما أعطاه الدائن إنما هو الشيء المبيع " وهو قد أعطاه للمشتري وليس للكفيل (1).

ثالثاً: لأن نصوص كثير من القوانين المدنية العربية تتفق على أن الكفالة تغلب عليهـا صفة التبرع (2).

فنصوص هذه القوانين تغلب صفة التبرع في عقد الكفالة عندما نصت على ذلـك فـي موادّها، ومن خلال هذه النصوص نستطيع القول بأنه ليس هناك ما يمنع من أن ينقلب عقد الكفالة التبرعي إلى عقد معاوضة، إذا التزم الدائن المكفول له بأن يقدم مقـابلاً للكفيـل لقـاء كفالتـه خصوصاً إذا كان الكفيل شخصاً يحترف كفالة الغير كالمصارف، وهناك يخضع الأمر عندئذ إلى قواعد القانون التجاري والأعراف التجارية والمصرفية، فبمجرد انقلاب عقد الكفالة إلـى عقـد معاوضة عند اشتراط المقابل، فأن ذلك يؤيد رأينا بأن العقد يكون تبرعاً عند اشتراط المقابل(3).

ومن خلال مما سبق نستطيع أن نستنتج أن المألوف الذي جرى به التعامل هو أن الكفالة عقد يعتبر عقداً تبرعياً بالنسبة للكفيل إذا كان أهلاً للتبرع لأنه لا يأخذ مقابلا لكفالته الدين لا من الدائن ولا من المدين، وذلك ما لم يشترط مقابل لكفالته فإنها تتحول هناك إلى عقد معاوضة وهذا واضح من خلال نصوص القوانين العربية المدنية التي أشرنا إليها سابقاً في الشرح والهوامش.

---

(1) أنظر هذا الرأي الدكتور السرحان – عدنان مرجع سابق – ص 184، والدكتور المرحوم الحكـيم – عبـد المجيد ، **الكافي في شرح القانون المدني الأردني**، والقانون المدني العراقي والقانون المـدني اليمنـي، **فـي الالتزامات والحقوق الشخصية** – ج 1 – ف مصادر الالتزام، ط1، عمان، 1993 – ص 112 – هامش 79.

(2) أنظر ما جاء في المادة 1067 من **قانون الموجبات والعقود اللبنـاني** أن " الكفالة مجانية بطبيعتها، ما لـم يكن هناك نص مخالف " وكذلك ما جاء في المادة 152 من **القانون المدني الأردني** " يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلا للتبرع".

(3) أنظر نص المادة 952 من **القانون المدني الأردني** والمادة 1067 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**.

ونستنتج كذلك أن علاقة المعاوضة بين الكفيل والمدين لا تؤخذ على طبيعة عقد الكفالـــة باعتباره عقد تبرع، لأن صفة التبرع تكمن في طبيعة عقد الكفالة ذاته.

المطلب الخامس

الكفالة عقد تابع

إن من أهم ما يميز التأمينات الشخصية والعينية أنها عقود تابعة، والكفالة من التأمينات الشخصية، ومن خلال الرجوع إلى تعريف الكفالة نجد أنها عقد ثانوي تابع للالتـزام الأصـلي والقصد منها ضمان الوفاء، بهذا الالتزام والسبب بسيط جداً ذلك لان الكفيل إذا التزم التزامـاً أصلياً لا التزاماً تابعاً، فإنه لا يكون كفيلاً بل يكون مدنياً أصلاً والتزامه مستقل عن التزام المدين (1).

أن الكفالة عقد تابع وأن هذه التبعية هي من أهم خصائص الكفالة، وأن التزام المكفـول هو الذي يحدد مدى التزام لكفيل فالتزام هذا الأخير يرتبط وجوداً وعدماً بالتزام المكفول، وكذلك في الوجود والصحة والزوال والأوصاف والآثار.

وبناءً على ما تقدم لا يكون التزام الكفيل صحيحاً إذا لم يكن التزام المكفـول صـحيحاً، وهذا يفهم من التبعية، وكذلك لا يفوتنا في هذا المقام أن أهم شيء في مصدر التزام الكفيل هـو التزام المدين، هذه التبعية التي نقصدها في الكفالة.

ويترتب على (أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي) الآثار التالية:

أولا: إذا كان التزام المدين الأصلي باطلاً، فإن ذلك يعني أن التـزام الكفيـل باطـل، وبالتالي بطلت الكفالة معه (2).

ثانيا: أن الكفالة تنشأ إذا وجد الالتزام الأصلي (3)،

ثالثا: أن صفة التبعية هي التي تميز الكفالة عن غيرها من الـنظم القانونيـة الأخـرى كالتزام التقاضي والإنابة، والتعهد عن الغير.

رابعا: أن لا يزيد الالتزام الأول عن الالتزام الأخر، وأن لا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المكفول عنه وأن لا يبقى التزام الكفيل قائماً بعد التزام الأول، وان لا يكون التزام الكفيل منجزاً إذا كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل(1).

---

(1) وهذا ما ذهب إليه الدكتور السنهوري، **نظرية العقد**، مرجع سابق – ص 26، والدكتور سعد – نبيل إبراهيم – مرجع سابق ص 250 وكذلك نص المادة 776 من **القانون المدني المصري**، والمـادة 1053 مـن **قـانون الموجبات والعقد اللبناني**.

(2) يكن– زهدي – مرجع سابق – ص 234، والدكتور السرحان – عدنان إبراهيم – مرجع سابق ص 185.

(3) تناغو – سمير عبد السيد – مرجع سابق – ص 20.

ويثور التساؤل هنا، ما الحل إذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المدين المكفول؟. هل يكون الالتزام باطلاً أم صحيحاً؟.

لقد استقر الفقه على أن هذا الالتزام لا يكون باطلاً وإنما يجب إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول(2).

ونستخلص مما سبق أنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف عبئاً من التزام المدين الأصلي، كأن يكفل جزءاً من المدين. ونستدل كذلك أن الكفيل لا يكفل ما زاد عن المدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بسبب تواطؤه.

خامساً: إن التزام الكفيل لا يكون منشأ للفوائد إذا كان التزام المدين الأصلي لا ينتج فوائد ما.

سادساً: إن التزام الكفيل يتبع التزام المدين الأصلي في صحته وبطلانه كذلك وقابليته للفسخ والدفوع التي يدفع بها المدين، كل ذلك يمكن استخلاصه من فكرة التبعية التي تتمتع بها جميع التأمينات الشخصية.

سابعاً: إن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، بحيث إذا وفى المدين بالالتزام الأصلي لم يبق هناك مجال لمطالبة الكفيل(3).

ثامناً: بالنسبة للمقاصة فقد ذهب الدكتور زهدي يكن أنها تأخذ حكم الوفاء من قبل المدين بالدين الأصلي فللكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بالمقاصة الحاصلة بين المدين المكفول عنه والدائن، فإذا قضت المقاصة على الالتزام الأصلي، سقط تبعاً لذلك التزام الكفيل.

تاسعاً: إن أهم ما يترتب على فكرة التبعية أن الدائن لم يعد له الحق في التنفيذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين، ويُعرف هذا المبدأ بالدفع بالتجريد الذي سوف يكون القسم الباب الثالث لهذه الأطروحة، وهو أحد نتائج فكرة التبعية (4).

---

(1) السنهوري- عبد الرزاق - مرجع سابق ص 27 والدكتور أحمد محمود - مرجع سابق ص 83 / 84 ونص المادة 780 **من القانون المدني المصري**، والمادة 1064 **موجبات وعقود اللبناني**، وكذلك قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 420 / 64 ص 577 سنة 1965 وقرارها 415 / 66 - ص 299 / 27 سنة 1967.

(2) يكن - زهدي - مرجع سابق - ص 230 والدكتور السرحان - عدنان إبراهيم الذي أخذ عن الدكتور زهدي يكن - مرجع سابق ص 185.

(3) العمروسي - أنور - مرجع سابق - ص237، والدكتور سعد- أحمد محمود - مرجع سابق - ص84، والمادة 782 من **القانون المدني المصري**.

(4) عبد الباقي - عبد الفتاح - مرجع سابق - ص 98، والدكتور تناغو - سمير عبد السيد - مرجع سابق - ص 20-21.

وللتشريعات المدنية العربية مواقف من هذه النتيجة نجملها فيما يلي:

1- موقف المشرع المصري، كان واضحاً من هذه النتيجة حيث نص في المادة 1/788 من القانون المدني على أنه " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين " وهذا يعني أن المشرع المصري أخذ بهذه النتيجة التي مفادها أن الكفيل مدين من الدرجة الثالثة كونه أخذ بمبدأ الدفع بالتجريد.

2- موقف المشرع اللبناني من هذه النتيجة:

فحسب نص المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، نجد بأن المشرع اللبناني أفرد بهذه النتيجة الفصل الثاني وهو بعنوان وجه الدفع بطلب مقاضاة المديون أولاً. وبموجبه فإنه يحق للكفيل أن يطلب من الدائن في بدء المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس أن يراعي أولاً المدين الأصلي في أمواله المنقولة وغير المنقولة، وبناء عليه نجد بأن المشرع اللبناني قد أخذ بهذه النتيجة التي مفادها أن الكفيل مدين من الدرجة الثانية كونه قد أخذ بمبدأ الدفع بالتجريد.

3- موقف المشرع الأردني من هذه النتيجة:

فبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الأردني نجد بأن المشرع الأردني قد نص في المادة 967 من القانون المدني الأردني على أن " 1- للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معاً 2- وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما 3- على أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقين ". وبناءً عليه نجد بأن المشرع الأردني لم يأخذ بهذه النتيجة فيكون بذلك قد خالف ما استقرت عليه القوانين العربية من الأخذ بمبدأ الدفع بالتجريد بل اعتبر الكفيل مديناً من الدرجة الأولى وساوى بين المدين والكفيل مما يعتبر مأخذ على المشرع الأردني لأن الكفيل لم يعد والحالة هذه كفيلاً بل مديناً أصلياً.

وبعد استعراض النتائج المترتبة على كون عقد الكفالة عقد تابع، نجد بأن فكرة التبعية تجعل الكفيل في مركز أفضل من مركز المدين، لأن المدين وحده صاحب مصلحة في الدين.

المبحث الثاني

خصائص الكفالة في الفقه الإسلامي

للكفالة خصائص عدة في الفقه الإسلامي جاءت متناثرة في الكتب الفقهية، وسوف نتناول في هذا المبحث هذه الخصائص ضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول: عقد رضائي.

المطلب الثاني: عقد لازم.

المطلب الثالث: عقد تبرعي.

المطلب الرابع: عقد تابع.

المطلب الأول

عقد الكفالة عقد رضائي

عقد الكفالة كغيره من العقود ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول، الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له، ولكن ما هو الرضا المطلوب : هل هو رضا المدين أم رضا الكفيل أم رضا الدائن ، لذلك لا بد من بيان رأي المذاهب الفقهية الإسلامية حول هذا الموضوع، فقد جاء في بدائع الصنائع: ((أما الركن فهو الإيجاب والقبول، الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأخر))(1). وجاء في الروضة البهية: ((ولابد له من إيجاب وقبول مخصوصين))(2). وجاء في شرائع الإسلام: ((ويشترط رضا المضمون له))(3).

فلم يشترطوا في إثباته رضا المضمون عنه بل اكتفوا برضا الضامن والمضمون له، لجواز أداء دين الغير بغير إذنه ومعرفته.

وذهب الجمهور من المالكية، والحنابلة، والشافعية وأبو يوسف من الحنفية في قول، وقول للإمامية، بعدم اشتراط القبول في انعقاد الكفالة. لأن الضمان محض التزام.

جاء في حاشية الصاوي: ((وجاز ضمان بغير إذن المضمون فلا يشترط إذنه))(4). وجاء في شرح البهجة: ((وعلم من كلام الناظم أنه لا يشترط رضا المضمون له؛ لأن الضمان محض التزام ولا رضا المضمون عنه ولا معرفته لجواز أداء دين الغير بغير إذنه ومعرفته))(5).

وجاء في مطالب أولي النهى:((لا يعتبر رضا من ضمن ــ بالبناء للمفعول ــ لأن أبا

---

(1) مسعود بن أحمد الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، 6 /2.

(2) العاملي، محمد جمال الدين ، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، جامعة النجف ، الطبعة الأولى.، 4 /119.

(3) الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، ص 89.

(4) الصاوي، أحمد، **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف حاشية الصاوي على الشرح الصغير** ، دار المعارف، 434/3.

(5) زكريا الأنصاري، **شرح البهجة**، مصدر سابق، 3 /152.

قتادة ضمن الميت بالدنانير بغير رضا المضمون له))(1). وجاء في الروضة البهية: ((وقيل لا يشترط رضاه مطلقا لما روي من ضمان علي عليه الصلاة والسلام دين الميت))(2). وجاء في البحر الزخار: ((ولا يعتبر رضاه ــ أي المكفول له ــ في الأصح))(3). وجاء في المحلى: ((إن الضمان ليس عقداً على المضمون له، وإنما هو على الضامن وحده وإنما للمضمون له إنصافه من حقه فقط))(4).

فمن خلال النصوص السابقة نجد أن جمهور الفقهاء لا يشترطون رضا الدائن في انعقاد الكفالة، بل يرون أن مجرد رضا الكفيل كافٍ في انعقادها. فبمجرد صدور الإيجاب من الكفيل يصبح ملزماً بما تكفل به دون توقفٍ على قبول من المكفول له – أي الدائن أو المكفول عنه – أي المدين . وعليه فجمهور الفقهاء يشترطون لانعقاد الكفالة رضا الكفيل فقط.

---

(1) الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، مصدر سابق، 3 /301.

(2) العاملي، **الروضة البهية**، مصدر سابق، 4 / 120.

(3) ابن المرتضى، **البحر الزخار**، مصدر سابق، 6 /73.

(4) ابن حزم، علي بن أحمد، **المحلى بالآثار**، دار الفكر، 6 /397.

المطلب الثاني

عقد الكفالة عقد لازم

حيث يترتب على هذا العقد التزام الكفيل بما تكفل به بحيث لا يستقل بفسخه دون رضاء المكفول له – أي الدائن ، فقد جاء في بدائع الصنائع: ((للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل ... ويطالب الكفيل بالنفس بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائبا...))[1]. وجاء في منح الجليل: ((وصح الضمان ولزم من أهل التبرع بالمضمون فيه))[2]. وجاء في حاشيتا قليوبي وعميرة: ((يشترط في الضمان والكفالة لفظ يشعر بالالتزام كضمنت دينك عليه))[3]. وجاء في الروضة: ((ولابد له من إيجاب وقبول مخصوصين؛ لأنه من العقود اللازمة))[4]. جاء في كشف القناع: ((التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاهما ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه))[5]. وأيضا: ((التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حق مالي إلى مكفول له))[6].

ومن النصوص السابقة يتبين أن الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة متفقون على أن عقد الكفالة عقد من العقود اللازمة من جهة الكفيل، فهو بالتزامه لا بد أن يقوم بوفاء ما لتزم به للمكفول له، ولا يستقل بفسخه بدون رضا المكفول له؛ لأن سلامة حق المكفول له تعلقت بتعهد الكفيل، ففي فسخ العقد دون رضاه إضرار به. وبالتالي فالكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل.

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 / 10.

(2)محمد بن أحمد بن محمد، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، دار الفكر، 6 /198.

(3) أحمد سلامة قليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة**، دار إحياء الكتب العربية، 412/2.

(4) العاملي، **الروضة البهية**، مصدر سابق، 4 / 120. أنظر أيضا المصدر ذاته، 4 /149.

(5) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 362/3.

(6) المصدر ذاته، 3 / 375.

المطلب الثالث

الكفالة عقد تبرع

الكفالة عقد يبذل فيه الكفيل التزامه لرفع الضيق والمشقة عن المكفول عنه، حفاظاً لحق المكفول له بدون عوض؛ لذا لا تنعقد كفالة الصبي والمجنون لأنهما ليسا من أهل التبرع، فقد جاء في بدائع الصنائع: ((لا تنعقد كفالة الصبي والمجنون لأنها عقد تبرع))[1]. وجاء في شرح مختصر خليل: ((وصح من أهل التبرع))[2]. وجاء في أسنى المطالب:((ولو ضمن الحال مؤجلا بأجل معلوم...صح إذ الضمان تبرع))[3]. وجاء في كشف القناع: ((وشرط لصحة ضمان رضا ضامن؛ لأن الضمان تبرع بالتزام الحق))[4]. وجاء في شرح النيل: ((وأما بالإذن في الحمالة ــ أي للعبيد والإماء ــ فجائزة باتفاق، فالأكثر على منعها بلا إذن فيها، لأن الحمالة ليست بتجر...وإنما هي أقرب إلى التبرع))[5]. وجاء في البحر الزخار: ((ولا يعتبر رضاه ــ أي المكفول له ــ في الأصح كالمكفول له بالدين تبرعاً))[6].

وجاء في الروضة البهية: ((ولأن الضمان لا ينافي الغرر؛ لأنه ليس معاوضة؛ لجوازه من المتبرع))[7].

فهذه النصوص تدل على أن عقد الكفالة من عقود التبرعات حيث أن الكفيل لم يأخذ شيئاً معاوضة وإنما بذل التزامه رفعاً للضيق والمشقة عن المدين، لذا لا يصح إلا ممن يملك أهلية التبرع. فاشتراطهم أهلية التبرع للكفيل يدل على أنهم يعدونها من عقود التبرعات وليست من عقود المعاوضات إلا إذا كانت مقابل عوض. وقد يأول عقد الكفالة إلى معاوضة إذا كانت الكفالة بأمر المدين فإن الكفيل في هذه الحالة عندما يرجع على المكفول عنه بعد أدائه الدين فإن العقد

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 /5.

(2) محمد بن عبد الله الخرشي، **شرح مختصر خليل**، دار الفكر، 6 /22.

(3) زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**، مصدر سابق، 2 / 245.

(4) الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، مصدر سابق، 3 /300.

(5) أطفيش، **شرح النيل**، مصدر سابق، 9 /415.

(6) ابن المرتضى، **البحر الزخار**، مصدر سابق، 6 /73.

(7) العاملي، **الروضة البهية**، مصدر سابق، 4 /115.

يؤول إلى معاوضة(1).

ونجد كذلك بأن الكفالة تجوز من أهل التبرع، فلا تنحصر بعدد بل يجوز أن يكفل المدين أكثر من كفيل، يشتركون في أداء ما وجب على المدين بالتساوي، حيث جاء في بدائع الصنائع: ((غير أن الكفيل إن كان واحدا يطالب بكل الدين وإن كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة إذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لأنهما استويا في الكفالة والمكفول بـه يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة))(2).

وجاء كذلك في شرح النيل: ((جاز لمحمول له إن أعطي ـ أي أعطاه المحمول عنه ـ حميلين أو ثلاثة أو أكثر ..))(3). وكذلك في شرائع الإسلام: ((إذا تكفل رجلان لرجل، فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر، ولو قيل بالبراءة كان حسناً))(4).

ونجد كذلك أن الكفالة أيضا بغير أمر المكفول عنه تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع بما قضاه الكفيل عن المكفول عنه، حيث جاء في بدائع الصنائع: ((أما الشرط ـ أي شرط رجوع الكفيل على المكفول عنه ـ أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه ... ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء)) (5). لأن معنى الاستقراض لا يتحقق بغير أمره، فإن أدى ما على المدين بغير إذنه كان بذلك متبرعاً فلا يحتمل الرجوع على المكفول عنه(6).

وقال مالك رحمه الله: يرجع على المكفول عنه وإن لم تكن الكفالة بأمره.

جاء في التاج والإكليل: ((قال مالك : من أدى عن رجل حقا لزمه بغير أمره فله أن يرجع عليه))(7). فهو بذلك قد خالف ما ذهب إليه الجمهور في عدم رجوع الكفيل على المكفول عنه إن لم تكن الكفالة بأمر.

---

(1) شيخي زادة، **مجمع الأنهار**، مصدر سابق، 2 /123.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 /10.

(3) أطفيش، **شرح النيل**، مصدر سابق، 9 /449.

(4) الهذلي، **شرائع الاسلام**، مصدر سابق، 2 /98.

(5) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 / 13.

(6) العاملي، **الروضة البهية**، مصدر سابق، 4 /121. منصور بن يونس البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ، عالم الكتب، 2 / 128.

(7) العبدري، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، سنة النشر، 1398، الطبعة، الثانية ، 7/38.

المطلب الرابع

الكفالة عقد تابع

التزام الكفيل في عقد الكفالة تابع لالتزام الأصيل، فلو أبرأ المكفول له الأصيل سقطت الكفالة عن الكفيل، حيث جاء في المبسوط: ((وبراءة الأصيل بأي طريق يكون موجب براءة الكفيل))(1). وهذا يدل على أن عقد الكفالة عقدٌ تابع لا عقد مستقلّ في وجوده، فهو توثيق لغيره لا ينعقد ابتداء إذا لم يكن في مقابل حق آخر ثابتاً أو متوقعاً(2). وجاء في التاج والإكليل: ((فلا تصح الحمالة بالكتابة ــ أي المكاتب من العبيد ــ إذ ليست بدين ثابت مستقر ولا تئول إلى ذلك))(3).

فالكفالة لا توجب براءة الأصيل، لأن الكفالة تنبني على الضم في حق المطالبة، والبراءة تنافي الضم، ولأن الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة، وهما متغايران، فلو اختار المكفول له مطالبة أحدهما لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته، حيث جاء في الفواكه الدواني: ((فضمان المال هو التزام دين لا يسقطه عمن هو عليه))(4). وجاء في المبسوط: ((فعندنا الكفالة لا توجب براءة الأصيل))(5).

فحق المطالبة في الكفالة إنما هو للتوسل للأداء فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد سواء كان الأداء من الكفيل أو الأصيل. وذلك لما سبق من أن عقد الكفالة عقد تابع فيزول بزوال الأصل، فإذا قام الكفيل بما التزم به في عقد الكفالة سقطت المطالبة عن الأصيل، ويعود الكفيل على المكفول عنه بالمكفول به إذا كانت الكفالة بإذنه(6). فلا يملك الكفيل الرجوع على المكفول عنه قبل الأداء إلى المكفول له، لأن معنى الإقراض والتمليك لا يتحقق إلا بأداء المال،

---

(1) السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، 19 /163.

(2) الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، مصدر سابق، 3 /292.

(3) المواق، **التاج والإكليل**، مصدر سابق، 7 /33.

(4) النفراوي، **الفواكه الدواني**، مصدر سابق، 2 /240.

(5) السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، 19 /161. الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 /11.

(6) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 / 11.

فلا يملك الرجوع قبله، حيث سؤل مالك رحمه الله عن الرجل يريد أن يأخذ المال من المتحمـــل عنه قبل أن يطلب منه، قال: لا يقضى لك عليه، ولكن إن تطوع بذلك فهو جائز(1).

وكذلك جاء في بدائع الصنائع: ((ومنها ــ أي شروط رجوع الكفيل على المكفول عنه ــ أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء))(2).

وبما أن الكفالة عقد تابع فإن براءة الأصيل في عقد الكفالة توجب براءة الكفيل، وبراءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، فعلى سبيل المثال لو وهب صاحب الدين المال للكفيـــل يحـــق للكفيل الرجوع على الأصيل، لأن الهبة في معنى الأداء، حيث جاء في بدائع الصنائع: ((ومتـــى برئ الكفيل برئ الأصيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل))(3).

ويلاحظ مما سبق بأن الفقه الإسلامي يرى بأن الكفالة عقد تابع وليس عقداً أصلياً. وذلك لأن التزام الكفيل يعتبر تابعا لالتزام المدين الأصلي إذ لو كان التزامه اصلياً فإنه لا يكون كفيلاً بل يكون مديناً اصلياً والتزامه مستقلاً عن التزام الدين.

---

(2) الأصبحي، مالك بن أنس، **المدونة**،مطبعة السعادة بمصر ، 1323هـ 4 /121.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 / 14

(3) المصدر ذاته، 10 / 6.

المبحث الثالث

المقارنة بين تعريف الكفالة وخصائصها

سوف نقوم في هذا المطلب بمقارنة تعريف الكفالة وخصائصها في التـشريع الوضـعي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: المقارنة بين تعريف الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: المقارنة بين خصائص الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول

المقارنة بين تعريف الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

باستعراض تعريف الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي نجد بأن تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي يفضل تعريف التشريع الوضعي من خلال الاعتبارات التالية:

الاعتبار الأول: إن تعريف التشريع الوضعي للكفالة يوحي للقارئ بأن التزام الكفيل معلق على شرط واقف وهذا يعني أن التزام الكفيل لا يكون له وجود إلا إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه المكفول من قبل الكفيل.

وعند الرجوع لتعريف الفقه الإسلامي ككل نجد بأنه لا يوحي بأن التزام الكفيل معلق على شرط واقف، وحتى لا يوحي بهذا ولو ضمنيا.

الاعتبار الثاني: إن التشريع الوضعي يعرف الكفالة باعتبار المصدر المنشئ لها. وفي المقابل فإن الفقه الإسلامي يعرف الكفالة باعتبار طبيعتها.

الاعتبار الثالث: عند الرجوع إلى تعريف الكفالة في التشريع الوضعي نجد بأن هذا التعريف لا يوضح هل للكفيل الحق في الرجوع عن المدين بما كان قد أداه إلى المكفول له (الدائن) أم لا. وإن كانت بعض نصوص القوانين قد تبين هذا الحق ولكن في مواد لاحقه لنصوص التعريف.

أما تعريف الفقه الإسلامي خصوصا تعريف الحنفية فقد وضح هذا الحق بصورة أكثر جلاء ودقة من تعريف التشريع الوضعي والسبب في ذلك أن التعريف في التشريع الوضعي قد استخدم كلمة الالتزام التي تشمل على المديونية والمسؤولية. في حين أن الفقه الإسلامي قد استخدم كلمة ضم الذمة والمطالبة.

الاعتبار الرابع: نجد أن الفقه الإسلامي استخدم عند تعريفه للكفالة عبارة (عقد يقتضي التزام مكلف) في حين أن التشريع الوضعي استخدم عند تعريفه للكفالة عبارة (عقد بمقتضاه يكفل شخص). وبناء عليه يكون تعريف الفقه الإسلامي أفضل من تعريف التشريع الوضعي لأن الشخص قد يكون مكلفا وقد يكون غير مكلف.

الاعتبار الخامس: نجد أن كلا من التشريع الوضعي والفقه الإسلامي قد نصّا علـــى أن الكفيل يلتزم بالوفاء بما على المدين مع بقاء الدين على الأصيل حيث ورد في القانون: (بأن يفي بهذا الالتزام إن لم يف به المدين نفسه)، وفي المقابل نص الفقه الإسلامي على هذا المعنى بقوله: (مع بقائه عليه).

الاعتبار السادس: إن تعريف في الفقه الإسلامي يشير إلى نوع الملتزم به (كون الحـــق حاضراً أو مستقبلاً) في حين لم يشر التشريع الوضعي إلى نوع الملتزم به علـــى عكـــس الفقـــه الإسلامي.

الاعتبار السابع: إن تعريف التشريع الوضعي لم يتناول الكفالة بالنفس في المقابل نجد بأن الفقه الإسلامي يشير إلى هذا النوع من خلال استخدامه عبارة (في التزام الحق) وهذه العبارة تفيد بأنه يقصد كفالة المال وكفالة النفس حيث أن كلا منهما حق ثابت في الذمة.

المطلب الثاني

المقارنة بين خصائص الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

بعد دراسة خصائص الكفالة في كل من التشريع الوضعي والفقه الإسلامي نجد بأنهما قد اتفقا على ما يلي:

أولا: اتفق التشريع الوضعي والفقه الإسلامي على أن الكفالة تنعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن. واتفقا كذلك على أن الكتابة ليست شرطاً للإثبات وإنما ضرورية للإثبات والسبب في ذلك بسيط، وذلك لأن الكفالة من العقود الشكلية التي يشترط لانعقادها الكتابة.

ثانياً: اتفق التشريع الوضعي والفقه الإسلامي على أن عقد الكفالة عقدٌ ملزمٌ لجانب واحد وهو الكفيل دون غيره. حيث يترتب على ذلك أن الكفيل لا يملك فسخ هذا العقد بإرادته المنفردة دون موافقة الدائن ـــ المكفول له ـــ والسبب في ذلك يعود لكون الكفالة تتم بإيجاب الكفيل فقـــط، ودون أن يتوقف العقد على قبول المكفول له.

ثالثاً: بالنسبة لكون عقد الكفالة من عقود التبرع، فقد خلص التشريع الوضعي وكذلك الفقه الإسلامي بأن الكفيل لا يحصل على مقابل لما يتعهد به. وعلى هذا الأساس كانت الكفالـــة عقـــد تبرع مهما كان نوع الكفالة وإن كان التشريع الوضعي يفرق بين الكفالة المدينة والتجارية، فيكون بذلك التشريع الوضعي قد خالف الفقه الإسلامي الذي لم يفرق بين كون الكفالة مدينة أو تجارية.

خلاصة القول: اتفق التشريع الوضعي والفقه الإسلامي على أن عقد الكفالة عقد تبرعي وسندهم في ذلك اشتراط أهلية التبرع في الكفيل دائماً.

رابعاً: نجد كذلك بأن التشريع الوضعي والفقه الإسلامي قد اتفقا على أن عقد الكفالة عقدٌ تابعٌ وليس عقداً أصلياً للأسباب التالية:

السبب الأول: هو أن التزام الكفيل يعتبر دائماً تابعاً للالتزام المدين الأصلي.

السبب الثاني: هو أن الكفيل لا يكون مسؤولاً عن دين المدين، فلو اعتبرناه مديناً أصلياً والتزاماً مستقلاً عن التزام المدين لما كان كفيلاً بل مديناً أصلياً.

من خلال ما سبق نجد أنه لا يوجد أي خلاف بين خصائص الكفالة في التشريع الوضعي وخصائصها في الفقه الإسلامي وهذا لا يحتاج إلى أي دليل أو نقاش.

الباب الثاني

التنظيم القانوني للكفالة

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: أركان الكفالة.

الفصل الثاني: أنواع الكفالة.

الفصل الأول

أركان الكفالة

سوف نرصد هذا الفصل لأركان الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسـلامي وذلـك تحت مبحثين: الأول لبحث أركان الكفالة في التشريع الوضعي والثاني لدراسة أركان الكفالة في الفقه الإسلامي، بحيث يحتوي كل مبحث على أربعة مطالب، نخصص منها المطلب الأول لبحث الركن الأول (الرضا) ، والمطلب الثاني لبحث شرائط انعقاد الكفالة، والمطلب الثالـث لبحـث الركن الثاني (السبب)، ولمطلب الرابع لدراسة الركن الثالث (المحل)، أما المطلب الرابـع مـن المبحث الثاني سيخصص للمقارنة بين أركان الكفالة في التشريع الوضعي وأركانها فـي الفقـه الإسلامي .

المبحث الأول

أركان الكفالة في التشريع الوضعي

يرى كثر من القانونيين، وشراح القانون أن لكل عقد من العقود أركاناً لا بد من توافرها، ومن تلك العقود الكفالة.

فالكفالة عقد كغيره من العقود لا بد له من أركان هي:

1.الرضا 2.المحل 3.السبب.

وينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب هي:

1. المطلب الأول: الرضا.
2. المطلب الثاني: شرائط انعقاد الكفالة
3. المطلب الثالث: السبب.
4. المطلب الرابع: المحل

المطلب الأول

الركن الأول (الرضـــــــا)

والرضا: هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد[1]، وله تعريف آخر وهو القبول بالاختيار المقام الخالي عن شائبة الإكراه والغلط والتدليس[2].

وكما أشرنا سابقاً عند دراسة خصائص الكفالة وجدنا بأنها من العقود الرضـــائية التـــي تتطلب الرضا لدى طرفيه، وهما الكفيل والمكفول له أي الدائن، أما المكفول عنـــه فـــلا حاجـــة لرضائه لأنه ليس طرفاً في عقد الكفالة.

لهذا لم يتطلب القانون شكلا معينا لانعقادها بل إنها تنعقد بمجرد تراضي طرفيها وذلـــك بإيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له أي الدائن، هذا التراضي يعد ركن عقـــد الكفالـــة الأول الذي لا بد من توافره، ولذلك فإن عقد الكفالة يخضع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الإرادة وشروط صحته.

والرضا المطلوب هنا هو رضا الكفيل الذي يتعهد بوفاء الدين إذا لم يف بـــه المـــدين، ورضاه يجب أن يتم بشكل واضح لا غموض فيه، وهذا الرضا الواجب حصوله من الكفيل قـــد يتخذ صورة من عدة صور فقد يتم التراضي واضحاً في عقد يبرم بين الكفيل والدائن، ومن هذه الصور أن يقوم الكفيل بإرسال إخطار للدائن يخبره فيه عن رغبته ورضائه بكفالة المدين[3].

والطرف الثاني المطلوب رضاه هو الدائن، أما المدين فليس طرفاً في الكفالة ويمكن أن تنعقد الكفالة دون علمه أو حتى رغم معارضته(4) كل ذلك لأن الكفالة من العقود الرضائية.

يرى الدكتور رمضان أبو السعود بأن السبب في عدم تطلب رضاء المدين بالكفالة يرجع إلى للعقائد والمبادئ العامة.

---

(1) نص المادة 90 من **القانون المدني الأردني** حيث تنص " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجـــاب بـــالقبول مـــع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " وتقابلها المادة 89 من **التقنين المدني المصري** وكذلك **القانون الفرنسي** في المادة 1108 وما بعدها، وكذلك المادة 1061 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**.

(2) السنهوري – عبد الرزاق ، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، الجزء الأول . صيغة العقد، دار إحياء التراث العربي ــ مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ــ لبنان ، لسنة 1967، ص84.

(3) الدكتور أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص 56.

(4) نص الماد 775 من **القانون المدني المصري** حيث تنص " تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضاً رغم معارضته " وكذلك نص المادة 741 **مدني سوري** والمادة 1062 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**.

حيث يقول: " يصح الوفاء ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته. .. ".([1])

ويضيف كذلك بأن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة حتى يلزم رضاؤه. ([2])

وإذا عقدت الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه، ولكن دون إذنه، رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة، وإذا عقدت بالرغم من معارضة المدين، رجع الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب(3)، ويرى جانب أن الكفالة إذا تمت رغم معارضة المدين الصريحة فليس من شأن الكفالة أن تنشئ رابطة قانونية بين الكفيل والمدين بل يكون الكفيل ملزماً تجاه الدائن فقط(4).

ويقول الدكتور السنهوري(5). .. بأن الكفالة تعقد عادة بإذن المدين بل بناء على طلبه إذ إنَّ الكفيل إنما يتقدم لمساعدته بكفالته، وتكون بناء على طلب المدين للكفيل، فإذا رضي الكفيل بكفالته، عقدت الكفالة مباشرة مع الدائن دون تدخل المدين.

ويبدو للطالب في هذا الخصوص ، بأن الكفالة لا يشترط فيها رضاء المدين بل يمكن أن يتم رغم علم المدين، بل يمكن أن تتم رغم معارضته وهذا طبقاً لنصوص القانون التي تعتبر تطبيقاً للقاعدة الواردة في نصوص كثير من القوانين(6).

وبناء على ما تقدم نجد بأنه إذا وجد الرضا بعقد الكفالة يلتزم التعبير عن إرادتين متطابقتين، ويعبر عنه بالإيجاب والقبول، فالإرادة المقصودة هنا هي الإرادة الحرة السليمة التي لا يشوبها أي عيب من العيوب، وأقصد إرادة الكفيل والدائن وأن تتجه إلى إحداث أثر قانوني.

وبناء عليه لا عبرة بإرادة الهازل، ولا بإرادة من يعلق التزامه على محض المشيئة، والإرادة عامل كامن بالنفس لا يمكن الإطلاع عليه إلا بوساطة التعبير(7).

حيث أن الإرادة يجب أن يكون التعبير عنها صريحاً ويصح كذلك أن يكون التعبير ضمنياً، بل حتى يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا تمخض لمنفعة من وجه إليه وأن يكون الإيجاب قد اتصل بالتعامل السابق الذي بينهم(1).

---

(1) الدكتور أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص 56.

(2) الدكتور أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص 56.

(3) السنهوري – عبد الرزاق ، الوسيط ج10 ، ص 71.

(4) نص المادة 1062 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني.**

(5) السنهوري،– عبد الرزاق ، الوسيط ج10 ، ص 71 فقرة 1.

(6) نص المادة 775 **مدني مصري** والمادة 1062 **موجبات اللبناني** والمادة 741 **مدني سوري.**

(7) د. الصدة – عبد المنعم فرج ، **مصادر الالتزام**، دار النهضة للطباعة والنشر – لبنان– ط1969، ف 67، 68، ص 81، و 82.

أما بالنسبة لتعبير الكفيل عن إرادته، فيجب أن تكون إرادته صريحة وذلك على أساس خطورة عقد الكفالة بالنسبة إلى الكفيل وكذلك لأن القانون اشترط الكتابة لإثبات عقد الكفالة(2).

ويرى جانب من التشريعات بأن الكفالة تنعقد وتنفذ بإيجاب الكفيل فقط إلا أنها ترتد برد المكفول له ولا يتوقف انعقادها على قبوله لهذه الصيغة أو التعبير عن الإرادة من قبل الكفيل وعليه فإن إيجاب الكفيل هو ركن العقد في الكفالة الوحيد(3).

حيث يبدو للطالب من خلال هذا الرأي بأن بقية العناصر الأخرى من محل وسبب وأهلية فما هي إلا شرائط للركن أو أوصاف له وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني حيث نص في المادة 951 منه على أنه يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له، ولا يفوتنا في هذا المقام أن أنوه بأن هذا الموقف استسقاه المشرع الأردني من جمهور الفقهاء(4) الذين اعتبروا أن ركن الكفالة هو الإيجاب وحده حيث تنعقد الكفالة به بدون حاجة إلى قبول المكفول له وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية(5)، وبهذا الموقف يكون المشرع الأردني قد خالف الغالبية العظمى من التشريعات الحديثة التي أخذت بدورها جل موقفها من الإمام أبي حنيفة والإمام محمد حيث يعتبر هؤلاء بأن العقد لا ينعقد إلا بإيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له(6).

أما بالنسبة لموقف القانون الأردني نجد بأن المشرع الأردني قد خالف ما سبق أن أخذ به في النظرية العامة للحقوق الشخصية، فالعقد كمصدر من مصادر الالتزام لا بد لانعقاده من تبادل الإيجاب والقبول من طرفيه والكفالة كعقد من العقود المسمّاة التي نظمها القانون المدني الأردني، تنطبق عليها الأحكام الخاصة يمكن أن تقيد الأحكام العامة للعقد أو تأخذ بحكم لم ينص عليه في

---

(1) نص المادة 2/90 من **القانون المدني المصري** حيث تنص على أنه " يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".

(2) الدكتور عبد الباقي- عبد الفتاح ، **التأمينات الشخصية والعينية**، مرجع سابق، ف 25، ص 63والدكتور أحمد- عبد الخالق حسن ، **الكفالة**، دار الهدى للطباعة ،ط1986، ص 36.

(3) **القانون المدني الأردني**، المادة 1/168، التي جاء فيها أن " العقد الباطل ما ليس مشروعا بأصله ووضعه بأن اختل ركنه أو محله أو لغرض منه. .. ".

(4) وهذا موقف الإمام يوسف والأئمة الثلاثة الشافعي والإمام مالك وكذلك الإمام أحمد بن حنبل.

(5) **مجلة الأحكام العدلية** المادة 621.

(6) ومن التشريعات التي أخذت به القانون المدني العراقي في المادة 1009 التي جاء فيها بأنه " تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول " وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 1061 يجب أن تكون الكفالة مقبولة من الدائن على وجه صحيح.

النظرية العامة للعقد إلا أنه لا يمكن أن تعارضها بأي حال من الأحوال لذلك فإن الاكتفاء بإيجاب الكفيل وحده لانعقاد الكفالة من شأنه أن يخلق تعارضاً غير قابل للحل إلا بتدخل تشريعي.

أما بالنسبة لتعبير الدائن عن إرادته، نجد بأن التعبير عن الإرادة يرجع إلى المبادئ العامة حيث أن المشرع لم يفرد لإبرام الكفالة قواعد خاصة وبالتطبيق لهذه القواعد نجد أن كيفية تعبير الدائن عن إرادته لا تثير أية خصومة، فهو يعبر عن رضائه بالكفالة بإرادته الصريحة أو الضمنية، ويعتبر السكوت قبولاً من جانبه وذلك لأن إيجاب الكفيل تمخض لمنفعة(1).

وبناء على ما تقدم نستطيع أن نلخص إلي ما يلي:

أولا: أن عقد الكفالة يضم ثلاثة أطراف بالنسبة للروابط.

فالرابطة الأولى تكون بين الدائن والمدين، وعلى هذا الأساس تقدم الكفالة لضمان وفاء المدين بدينه للدائن.

والرابطة الثانية تكون بين المدين والكفيل، وعلى هذا الأساس تقوم مسؤولية الكفيل في حالة عدم وفاء المدين بالتزامه فإن الكفيل هو الذي سوف يقوم بالوفاء، أما لو كان قام المدين بالوفاء فإن الكفيل ينتهي دوره عند هذا الحد، بالرغم من أن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة إلا أنه هو أساس الالتزام المترتب على الكفيل الذي كفل التزامه.

والرابطة الثالثة تكون ما بين الكفيل والدائن، ومن خلالها نجد بأن الكفيل يرتبط مع الدائن بعقد الكفالة وهذا العقد صار بمناسبة علاقة المدين بالدائن وهي علاقة المديونية القائمة بينهما.

ثانيا: نجد بأن عقد الكفالة لا يضم إلا طرفين هما الدائن والكفيل، وأن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة ولعلّ ذلك أهم ما يميز عقد الكفالة عن غيره من العقود، فعقد الكفالة ينعقد بالرغم من عدم رضاء المدين وكذلك عدم علمه كما أسلفنا سابقاً.

ثالثا: نجد كذلك بأن التزام الكفيل قبل الدائن، هو التزام ناشئ عن عقد أُبرمَ بينهما فقط، وإن كان تابعا للالتزام الأصلي فيما بين المدين والدائن فهو يتأثر في وجوده وفي انقضائه بالتزام المدين قبل الدائن، الذي يعتبر من الغير بالنسبة لعقد الكفالة، وكذلك يستطيع الكفيل أن ينجح في مواجهة الدائن بكافة الدفوع التي يستطيع أن يقنع المدين بصدد التزامه الأصلي.

رابعا: وجدنا كذلك بأن عقد الكفالة ينعقد رغم عدم رضا المدين وعلمه والسبب في ذلك وجدناه بسيطاً، لأن الرضا يكون مقصوراً على طرفي العقد، وهما الكفيل والدائن والمدين ليس بطرف في العقد.

(1) الدكتور سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص 265، 266.

خامساً: وجدنا كذلك بأن الكفالة تتم في كثير من الأحيان بسعي المدين نحو تقديم كفيل للدائن، مما يعني أن رضاء المدين مفترض، إما بنص قانوني أو بتنفيذ لأمر القضاء أو أن الكفيل يتقدم من تلقاء نفسه وضمن دين المدين.

سادساً: نلاحظ بأن الكفالة تنعقد بتعبير صادر عن إرادة طرفي العقد وقد يكون هذا التعبير صريحا أو ضمنيا.

سابعاً: إن تعبير الدائن يجب أن يكون صريحا ويصح أن يكون رضاءه ضمنياً وذلك وفقاً للمبادئ العامة كما أسلفنا سابقاً.

ثامناً: إن تعبير الكفيل عن إرادته يجب أن يكون رضاءه صريحاً وليس ضمنياً عكس الدائن والسبب واضح بالنسبة للدائن لأن العقد يكون لمصلحته وضماناً لدينه.

أما بالنسبة للكفيل فتعبيره يجب أن يكون صريحا لعدة أسباب:

السبب الأول: أن عقد الكفالة عقد على درجة من الخطورة ودليل ذلك أن غالبية المشرعين قد اشترطوا الكتابة لإثباته في جميع الأحوال.

السبب الثاني: لخطورة التزام الكفيل خصوصاً في حالة عدم وفاء المدين بالتزامه.

السبب الثالث: لأن القانون افترض أن يكون التعبير صريحاً بالنسبة للكفيل ومثال ذلك المادة 2/90 مدني مصري.

تاسعاً: أن الكفالة تتم بإيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له أي الدائن، فإذا ارتبط الإيجاب بالقبول انعقد العقد.

عاشراً: أن السكوت يعتبر قبولاً إذا كان من جانب الدائن، وذلك لأن إيجاب الكفيل يتمخض لمنفعته.

المطلب الثاني

شرائط انعقاد الكفالة

فقبل أن نخوض في شرائط انعقاد الكفالة وماهية كل شرط لا بد للطالب من تعريف الشرط.

الشرط: هو كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً وهو خارج ماهيته فإن لم يوجد الشرط لم يوجد العقد إنما وجود الشرط لا يعني بالضرورة وجود العقد ومثاله أهلية المتعاقدين فهي شرط لكل عقد، وكذلك صدور الرضا ممن يملكه وأن لا يكون الرضا مشوباً بعيب من عيوب الرضا.

الشرط الأول: الأهلية:

هنا لا بد من دراسة موضع الأهلية في عقد الكفالة في كل من المكفول له والكفيل.

أهلية المكفول له (الدائن):

فعند الرجوع إلى خصائص عقد الكفالة نجد بأنها حسب الأصل تعتبر من أعمال التبرع النافعة نفعا محضا بالنسبة للدائن المكفول له لذلك يكفي أن تتوفر فيه أهلية قبول التبرع وذلك بأن يكون عاقلاً مميزاً دون أن يشترط بلوغه سن الرشد(1).

وبناء عليه نستنتج مما سبق بأن المكفول له يجب أن يكون عاقلاً مميزاً فلا تصح قبول المجنون والصبي غير المميز وذلك لأنهما ليسا أهلا لصدور القبول عنهما باعتباره ركنا في العقد، ويشترط أن يكون المكفول له بالغاً سن الرشد، ونستنتج كذلك بأنه إذا كان الدائن المكفول له مجنونا أو صبيا غير مميز تكون الكفالة باطلة، وذلك لأنهما ليسا من أهل القبول، فتقع جميع تصرفاتهما باطلة وإن أجازها وليهما، ويؤيد ذلك القوانين المدنية التي تشترط القبول من طرف المكفول له لانعقاد الكفالة.

ومن نافلة القول لا يفوتنا أن نذكر بأنه إذا كان الكفيل يتقاضى عوضا يدفعه الدائن المكفول له، عندئذ تكون الكفالة بالنسبة لهذا الأخير تصرفاً دائراً بين النفع والضرر، لا بد له لمباشرته أن يكون بالغاً سن الرشد، فإن كان الدائن المكفول له صغيراً مميزاً انعقدت الكفالة موقوفة على إجازة وليه أو إجازته هو لكن بعد بلوغه سن الرشد، فإن كان الصغير المميز مأذونا بالتجارة ودخلت الكفالة في أعمال تجارته صحت الكفالة دون حاجة إلى إجازة أحد(2)، وكذلك الحال عندما تكون الكفالة مقترنة بمنح القرض أو بمد أجل الدين السابق مثلا فإنها تكون عملا

---

(1) الدكتور السرحان- عدنان ، مرجع سابق، ص 191، والدكتور حسن- عبد الخالق، مرجع سابق، ص 37، والدكتور سعد- نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص 270.

(2) الدكتور السرحان – عدنان ، مرجع سابق، ص 192.

قانونياً واحداً لا تكفي فيه أهلية الدائن التمييزية، بل لا بد من تكون تصرفاته موقوفة على الإجازة لأن أعماله هنا تكون دائرة بين النفع والضرر(1).

والسؤال الذي يطرح نفسه لو تعدد الدائنون فما هي الأهلية المطلوبة، ونجيب على ذلك بأنه لا بد من توافر الأهلية المطلوبة وهي التمييز بالنسبة لكل منهم ولا يكفي توافر الأهلية في فقط، ونرد على من يقول أنه يكفي أن يكون أحدهم لديه الأهلية الكاملة، بأنه ماذا يكون لو مات أحدهم الذي تتوفر فيه الأهلية الكافية، إننا سوف نكون بصدد مخالفة كل ما قيل عن الأهلية المطلوبة في الدائن المكفول له وتكون بذلك نقطة احتيال ومخرج لكثير من الحالات فعنصر التعدد لا يؤثر من التخفيف من الأهلية، ثم إن كل من الدائنين يمثل نفسه مستقلاً عن الآخر، عدا عن ذلك كيف سيكون الأمر لو كان التصرف أي الكفالة موقوفة على الإجازة، فكامل الأهلية لا توجد مشكلة بشأنه أما الدائنون الآخرون هنا لا بد من يلحق تصرفهم الإجازة كون التصرف دائر بين النفع والضرر، وكذلك عدا عن أنه لكل شخص ذمة مالية مستقلة عن ذمة الأخرين، وبناء عليه نقول بأنه يجب أن تتوفر في كل دائن من الدائنين الأهلية المطلوبة ولا يكفي أن تتوفر في أحدهم.

وبما أن عقد الكفالة عقد تبرعي وهو المتفق عليه عند غالبية التشريعات، وبما أن الكفيل يلتزم عادة متبرعاً، فإنه يشترط في الكفيل أن يكون أهلاً للتبرع، أي يجب أن يكون متوافراً فيه أهلية التبرع(2).

وبناء على ما سبق يجب أن يكون الكفيل عاقلا بالغاً راشداً، وبذلك لا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي سواء أكان مميز أم غير مميز حتى وأن أذن له وليه وهي الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات الضارة ضرراً محضاً، والسبب في ذلك بسيط لأن الولي والوصي يمتنع عليهما إجراء التصرفات التبرعية حتى ولو كانت بإذن المحكمة، ويؤيد ذلك قضاء محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها الذي جاء فيه " إن عقد الكفالة من عقود التبرع ويشترط لانعقادها أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع عملا بالمادة 952 مدني أردني "(3).

ويشترط في الكفيل توفر أهلية التصرف لأهلية التبرع، إذا كانت الكفالة بمقابل، ولا خلاف فيما إذا المقابل من المدين أو الدائن وطبعاً هذا نادر على ما يحصل في الحياة العملية أن

---

(1) الدكتور سعد- أحمد محمود ، مرجع سابق، ص 128.

(2) السنهوري، مرجع سابق، ص80، والدكتور نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 27، والدكتور رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 59.

(3) القرار التميزي الأردني رقم 87/881، منشور في **مجلة نقابة المحامين**، ص 1381 لسنة 1990، والقرار التميزي الأردني رقم 90/663 منشور في نقابة المحامين، ص 219، لسنة 1991.

يدفع الدائن لكفيل مقابلاً حتى يكفل المدين أو أن يدفع المدين للكفيل مقابل أن يكفله، وفي هذا الحالة تتحول الكفالة من التبرعية إلى صفة المعارضات بالنسبة للكفيل.

فمن خلال ما تقدم ذكره بخصوص شرط الأهلية يتبين للطالب ما يلي:

1. في الكفالة التبرعية وهي الأصل يشترط في الكفيل أن يكون أهلاً للتبرع، أي أن يكون الكفيل بالغا سن الرشد، غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية التي سوف ندرسها بالتفصيل لاحقا.

2. لا تصح كفالة المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة أو الصبي سواء كان مميزا أو غير مميزا حتى ولو أذنت له المحكمة، أو أذن له وصيه أو وليه (بالنسبة للتصرفات التبرعية).

3. إذا كانت الكفالة تتم بمعاوضات، يشترط في الكفيل أن تتوفر لديه أهلية التصرف لا أهلية التبرع.

4. أن الكفالة الصادرة من القاصر أو من في حكمه لا تكون باطلة وإنما تكون قابلة للإبطال. (بالنسبة للتصرفات المعاوضية).

5. في تصرفات المعاوضات يجوز لكل من الولي والوصي والقيّم عقد الكفالة، مع مراعاة ما تقضي به أحكام قانون الولاية على المال من وجوب الحصول في بعض الأحيان على إذن من المحكمة.

6. إن سبب عدم جواز كفالة القاصر والمحجوز عليه، لأن الكفالة لا تعتبر من أعمال الإدارة، بل من أعمال التصرف والقاصر والمحجور عليه لا يملك أهلية التصرف.

7. وبناء على ما سبق نستطيع القول بأنه تجوز الكفالة باسم الشخص المعنوي من المفوض له بذلك سواء كانت الكفالة بمقابل أو بغير مقابل، والسبب في ذلك لأن الشخص المعنوي له ذمة مالية وأهلية مستقلة ولها مركز إدارة ولها حق التقاضي، وهذا واضح في كل قانون تجاري أو قانون شركات بشرط تسجيل الشركة لدى مراقب الشركات في الوزارة المختصة.

8. وكذلك يجوز للشريك في الشركة الكامل الأهلية أن يكفل الشركة التي هو شريك فيها، وبناء عليه يجوز للشركة أن تكفله أيضا(1).

---

(1) السنهوري، مرجع سابق، ص81.

9. كما يشترط أن يكون الكفيل غير المكفول، لذلك لا تصحّ كفالة الوكيل بالبيع للبائع عن المشتري بالثمن، وعلى ذلك نصت المادة 956 من القانون المدني الأردني " لا تصح كفالة الوكيل بالثمن عن المشتري فيما باعه له ولا كفالة الوصي فيما باعه من مال الصغير ولا كفالة المتولي فيما باعه من مال الوقف".

10. بالنسبة للمريض مرض الموت فإذا كان غير المدين فإن كفالته تصح حيث تطبق عليه عندئذ أحكام الوصية، فإذا كانت الكفالة في حدود ثلث ما تبقى من ماله بعد أداء الدين تكون صحيحة وإن زادت على ذلك صحّت في حدود الثلث وبطلت فيما يزيد عنه(1) وبناء عليه فإنه يشترط أن لا يكون الكفيل مريضاً مرض الموتى ومديناً بدين محيط بماله.

الشرط الثاني: تطابق الإيجاب والقبول:

حيث يشترط لانعقاد الكفالة كغيرها من العقود صدور إيجاب وقبول من طرفيها وذلك بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة، وأن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقد الجوهرية، وكما أسلفنا سابقاً فإنه يجب أولاً اتفاق الطرفين على ماهية العقد بأن تنصرف فيه كل منهما إلى إبرام عقد كفالة يلتزم بموجبه الكفيل بضمان الوفاء بالتزام أصلي موجود أو سيوجد مستقبلاً بين الدائن المكفول له والمدين المكفول عنه إذا لم يوف هذا الأخير بالتزامه عند حلول موعد الاستحقاق.

فإن اتجهت نية أحد الطرفين إلى ربط التزامه بالتزام شخص من الغير ويعدم وفاء هذا الغير لالتزامه، بينما اتجهت نية الطرف الآخر إلا أن يلتزم من تعاقد معه بالتزام أصلي يحق له به مطالبته به بصرف النظر عن وجود التزام على شخص آخر، كما انعقد عقد الكفالة بسبب عدم تطابق إرادة الطرفين على ماهية العقد.

ومن خلال ما سبق يلاحظ بأنه لا بد لانعقاد عقد الكفالة من تطابق إرادة طرفيه على الالتزام الذي يضمن الكفيل الوفاء به، والذي يلتزم بأنه يؤديه محل المدين إن قصر هذا الأخير في الوفاء به، فإذا انصرفت نية الكفيل إلى ضمان تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع في موعد التسليم بينما انصرفت نية المشتري إلى أن يضمن الكفيل رد ثمن المبيع للمشتري إذا استحق المبيع للغير، كما انعقدت الكفالة لعدم تطابق إرادة الطرفين على الالتزام محل الكفالة.

---

(1) المادة 843 من **مرشد الحيران ورد المحتار**، الجزء الرابع، الصفحة 252 والمشار إليها في **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني**، ج2، ص 626.

ونجد كذلك بأنه من الضروري صدور إيجاب وقبول متطابقين من طرفي الكفالة كشرط لانعقادها، وهو أمر تتفق عليه جميع القوانين، فالمادة (1009) من القانون المدني العراقي مثلاً تنص على أنه:

" 1. تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له "، وإن اختلف الـرأي حـول الشكل الذي يصدر فيه التعبير عن الإيجاب والقبول، ففي الوقت الذي يجمع الفقه على ضـرورة صدور رضاء الكفيل بالكفالة بشكل صريح لا لبس فيه سبب خطورة الآثار التي تترتب عليها.

ويقول الدكتور زهدي يكن(1). .. بأنه يذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى جواز صـدور قبول الدائن بشكل ضمني حسب القواعد، كما يمكن استنتاج رضاء الدائن من مجـرد مطالبتـه للكفيل، وعلى عكس هذا الاتجاه، ذهب جانب من الفقه اللبناني إلى اشتراط رضاء الدائن بالكفالة علـى وجه صريـح، وهو بذلك إنما يفـسر نص المادة (1061) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي جاء فيها " يجب أن تكون الكفالة مقبولة من الدائن على وجه صحيح "، لذلك يذهب هذا الفقه إلى عدم جواز الأخذ بقبول الدائن الضمني ولا أن يعول في ذلك على القرائن.

الشرط الثالث: خلو الرضا من العيوب:

تطبيقاً للقواعد العامة، وحتى يكون عقد الكفالة صحيحاً، يجب ألا يكون الرضا في عقـد الكفالة مشوباً بما يلحق الإرادة من عيوب، وهذه العيوب هي: الإكراه والتدليس والغلط.

أولاً: الإكـراه هو إجبار شخص بغير حق أن يعمل عملاً دون رضاه، وقد يكون الإكراه مادياً أو معنوياً، والإكراه نوعان الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ(2).

فهو نوع من الضغط يؤثر في إرادة المتعاقد فيه إلى التعاقد، وللإكراه ثلاثة عناصر هي:

1.قدرة المكره على إيقاع ما هدد به، وذلك باستعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جـسيم محدق، وهذا هو العنصر الموضوعي.

2.بعث الرهبة في نفس المكره، أي رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقـد، وهذا هو العنصر النفسي، فإذا توفر هذا العنصر وكذلك العنصر الموضوعي فقد وجـد الإكـراه وبناء عليه فقد فسدت الإرادة سواء كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقـدين أو مـن الغيـر أو ظروف خارجية.

---

(1) يكن ــ زهدي ، مرجع سابق، ص 253، ومن المؤيدين لجواز رضاء الدائن الضمني بالكفالـة، الـدكتور السنهوري، مرجع سابق، ص 73.

(2) الدكتور سلطان- أنور ، **مصادر الالتزام في القانون الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسـلامي والقـانون المدني المصري**، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، عمان 1987م، ص 71.

3.أن يكون الإكراه غير مشروع: لا يعتبر الإكراه عيباً في الرضـا إلا إذا كـان غيـر مشروع، والإكراه يكون مشروعاً أو غير مشروع بحسب الغرض منه، فإذا كان الغـرض منـه حصول المكره أي المجبر على ما ليس له حق فيه كان غير مشروع، وترتب على وقوعه فساد الرضاء سواء في ذلك كانت وسيلة الإكراه غير مشروعة، وهو الغالب كمن يهدد آخر بالتشهير به إن لم يكفله؛ أم كانت الوسيلة مشروعة كدائن يهدد مدينة بإعلان إفلاسه إن لم يقدم له كفيلا أو بالتنفيذ على أمواله إن لم يقدم كفيلاً مليئا.

ويفهم من ذلك بأنه إذا كان الغرض من الإكراه مشروعاً، أي كانت الغايـة منـه هـي حصول الشخص على حق له، فإن الإكراه هنا لا يفسد العقد. والمكره الذي وقع عليه الإكراه قد اختار أهون الضررين وأراد إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة، لأنها لم تكن حرة مختارة.

والذي يعدم الإكراه الإرادة إذا انتزعت عنوة لا رهبة، كما إذا أمسك المكره بيد المكـره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على الالتزام، وفي حالة فساد الإرادة يكون العقد قـابلاً للإبطـال، وذلك كما لو حمل الزوج زوجته بما له عليها من شوكه أن تكفله بدين كبير وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع وفاء هذا الدين بشرط أن يكون الدائن الذي أبرم الكفالة مع الزوجة يعلم أو يستطيع أن يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه نتيجة لضغط زوجها، وفي حالة انعدام الإرادة فإن العقـد يكون باطلا(1).

ويقسم الإكراه إلى قسمين:

1.إكراه تام أو ملجئ: يكون الإكراه تاما أو ملجئا إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق بالجسم أو المال(2)، كتهديد بقتل النفس أو بإتلاف عضو أو بالضرب الشديد الذي قد يؤدي إلى إتلاف النفس أو العضو، أو بإتلاف جميع المال.

وبعبارة أخرى فهو ما كانت وسيلته فيها خشية إتلاف نفس أو تعطيل عضو ونحـو ذلك، وطبعا لا خلاف فيما إذا وقع الإكراه على المكره أو على من يحرص عليه كأبيه وابنه وزوجته، وهذا النوع يصدم الرضا وكذلك يفسد الاختيار.

---

(1) المادة 127 من **القانون المدني المصري** يطابقها في ذلك المادة 128، 129 من **القانون المدني الـسوري**، والمادة 210 و211 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**، أما المادة 112 ــ 116 من **القانون المدني العراقـي** فقد عرفت الإكراه بأنه " إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه " وهو بذلك أقرب ما يكون إلى الفقه الإسلامي الذي عرفه بأنه: " فعل يفعله المرء بغيره فينتقص به رضاه أو يفسد به اختياره ".

(2) الدكتور سلطان – أنور ، مرجع سابق، ص 72.

2.الإكراه الناقص أو غير الملجئ: ويكون الإكراه غير ملجئ إذا كان تهديداً بالحبس أو الضرب أو القيد أو حتى التأنيب الشديد أمام الناس(1).

وبعبارة أخرى نستطيع القول بأنه ما كانت وسيلته لا تحدث إلا ألماً خفيفاً أو غماً يسيراً ومثال ذلك كضرب يسير أو تهديد به، وطبعاً هذا النوع يصدم الرضا ولا يفسد الاختيار.

وفي هذا المجال يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري(2). .. " بأن الفقه الإسلامي عندما يتناول نظرية الإكراه يتبسط فيها ويضيف في تفصيلاتها، حتى إنه يتميز عن الفقه الغربي في هذه النظرية، بأنه يجعل الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى ويفصل كيف يرجع العاقد الذي وقع عليه الإكراه على المكره بالضمان جزاء إكراهه.

فبعد دراسة الشرط الثاني من شرائط انعقاد الكفالة وهو رضا من العيوب يتضح للطالب ما يلي:

1. أن الفرق بين الإكراه التام أو الملجئ والإكراه الناقص أي غير الملجئ بأن الأول يعدم الرضا ويفسد الاختيار وأن الثاني يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار.
2. بأن الإكراه التام أي الملجئ كونه يعدم الرضا ويفسد الاختيار فهو يؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية، أي في التصرفات القانونية وكذلك الوقائع المادية.
3. إن الإكراه الناقص أي غير الملجئ يؤثر في التصرفات القولية دون التصرفات الفعلية.
4. إن الإكراه التام أي الملجئ، يفسد التصرفات القانونية ويصلح عذراً يعفي من المسؤولية عن الوقائع المادية.
5. إن الإكراه التام أي الملجئ وكذلك الناقص أي غير الملجئ، يعتبر عيباً من عيوب الرضا، وبناء عليه من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد الكفالة يكون قابلاً للإبطال.

ثانياً: التدليس: هو استعمال طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد الآخر لحمله على التعاقد(3).

---

(1) الدكتور الزرقاء – مصطفى ، **المدخل الفقهي العام**، الطبعة الأولى، دمشق (د.ن) لسنة 1965 ، ص 368.

(2) السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، الجزء 2، ص 184.

(3) الدكتور القاضي– مختار ، **أصول الالتزامات في القانون المدني**، دار النهضة العربية في القاهرة 1967، ص 39، والمادة 125 ــ 126 **مدني مصري** والمادة 143 من **القانون المدني الأردني**.

وبعبارة أخرى نستطيع القول بأن التدليس هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتمالية قولية أو فعلية كانت تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها.

ومثال التدليس كأن يستعمل الدائن طرقاً ووسائل احتمالية لحمل آخر على كفالة المدين، وكذلك كأن يوهم الدائن غشاً ملاءة المدين الأصلي فإذا بالكفيل يتضح له بأنه غير مليء أو أوهمه بوجود ضمانات أخرى للدين واعتمد عليها الكفيل وبعد انعقاد عقد الكفالة تبين له بأن هذه الضمانات غير موجودة.

وفي هذا المجال نعرض لما يترتب على التدليس اللاحق بعقد الكفالة.

حيث يرى كثير من القانونين وشرّاح القانون بأنه يترتب على هذا التدليس أن عقد الكفالة قابل للإبطال إذا كان هو الدافع إلى التعاقد(1).

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو: ماذا لو كان التدليس صادراً من غير أطرافه بأن كان صادراً من الغير؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نفرق فيما إذا كان التدليس صادراً من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم به أو كان المفروض العلم به، وبين إذا كان التدليس صادراً من الغير ولا يعلمه المتعاقد الآخر ومن غير الممكن أن يعلم به، ففي الحالة الأولى يكون العقد قابلاً للإبطال، أما في هذه الحالة فيكون العقد صحيحاً ويؤيد ذلك ما جاء في المادتين 125، 126 من القانون المدني المصري، ويتفق كذلك معهما في الأحكام كل القانون المدني السوري في المادة 126، 127 والقانون اللبناني في المادتين 208، 209 والقانون المدني الأردني في المادة 148 أما بالنسبة للقانون العراقي فقد اعتبر العقد الذي يصدر وقد غرر فيه أحد المتعاقدين موقوفاً على إجازة العاقد المغبون وبين كذلك أنواع التغرير.

يتبين للطالب من خلال دراسة العيب الثاني من عيوب الرضا الحقائق التالية:

1. إن التدليس وحتى الإكراه الصادر من غير المتعاقدين، يجعل من حق المدلس عليه أو المكره أن يطلب إبطال العقد، ولكن بشرط أن لا يكون المدلس عليه أو المكره يعلمون بالتدليس أو الإكراه أو من المفروض أن يعلموا به.

2. إن التدليس أو حتى الإكراه الصادر من المدين يعطي الكفيل الحق في طلب إبطال العقد إذا كان الدائن يعلم به أو كان من المفروض أن يعلم به، وإلا لا يجوز له أي الكفيل أن يطلب إبطال العقد.

(1) الدكتور السنهوري، الوسيط ج10، ص 82، والدكتور تناغو- سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 36، والدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 26.

3. إن القانون العراقي ومن خـلال نـصوص المـواد (121، 122، 123) المتعلقـة بالتدليس، والتي اعتبرت العقد الذي يصدر وقد غرر فيه أحد المتعاقدين موقوفاً على إجازة العاقد المغبون، فهو بذلك أريد به التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الغربي، ونجده كذلك أنه قد تأثر بالفقه الإسلامي في كثير من مواده.

فالفقه الإسلامي تحدث عن التدليس ويطلق عليه بعضهم التغرير ويعرفه بأنه: " الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة ترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه "(1).

4.نجد كذلك بأنه يشترط لتأثير التدليس على الرضا بالعيب أن يكون صادراً عـن أحـد المتعاقدين ومؤثراً في العاقد الأخر، أو صادراً من الغير ويعلمه المتعاقد الآخر أو من المفروض أن يعلمه، وبذلك يؤدي إلى إبطال العقد.

5.إن التدليس يقسم إلى قسمين، فالأول هو فعلي: وهو ما كان الغش ناتجـاً عـن فعـل للتغرير (التدليس) في الوصف، ومثال ذلك كمن يصبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديـد، والثـاني قولي: وهو ناتج من القول، كالتدليس في السعر ومثال ذلك أن يقول المدين أو الدائن للكفيـل أن أقل قيمة كفالة كذا ولن تجد أقل منها، فيكون كلامه منافياً للواقع، حيث استغله وغرر به ليستفيد من عدم خبرته بالكفالات، على حين يستطيع أخذ كفالة بأقل منها بكثير.

ثالثاً: الغلـط: وهو وهم يقوم في ذهن العاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع، وقد يكـون الغلط بالنسبة لذات العاقدين حيث يكون سبباً في إبطال عقد الكفالة، والغلط الجوهري هو الـذي يبلغ في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط حداً من الجسامة، بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لـو كان على بينة من أجرة ولم يقع في الغلط سواء في ذلك أن يقع الغلط في الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث(2). ومن أمثلة الغلط الجوهري، كأن يقصد الكفيل بأنه يكفل ديناً لا ينتج فوائد بالدين ينتج فوائد، أو يعتقد بأن الدين ينتج فوائد قليلة فإذا به ينتج فوائد كبيرة، أو كأن يقصد الكفيل أنه يكفل ديناً تجارياً فإذا بالدين مدني، أو يقصد أنه يكفل كفالة مدنية فـإذا بالـدين التزام طبيعي، ففي هذه الحالات تكون الكفالة قابلة للإبطال للغلط إذا وقع الكفيل في غلط جوهري في خصوص الدين الذي يكفله.

وينقسم الغلط إلى قسمين:

1.الغلط الواقع على جنس المعقود عليه، كما لو كفل الكفيل المدين بدين نقدي فإذا هـو دين عيني.

---

(1) الدكتور سعد – أحمد محمود ، مرجع سابق، ص 128.

(2) نص المادة 120، 121 من **القانون المدني المصري** والمواد 121، 122، من **القانون المـدني الـسوري** وكذلك المواد 117 ـــ 120 من **القانون المدني العراقي**.

الغلط في الوصف المرغوب، كما إذا ما كفل الكفيل دين لا ينتج فوائد فإذا به ينتج فوائد.

وبعد هذا العرض السريع لعيوب الرضا وشرائط انعقاد الكفالة، نجد بأنه حتى تقوم الكفالة الصحيحة يجب أن يتوافر التراضي السليم، وأن يصدر هذا الرضامن يملكه، ويكون كذلك غير مشوب بعيب يفسده، ونجد كذلك بأنه بالنسبة لعيوب الرضا، فإنه يرجع إلى القواعد العامة.

ويتبين للطالب كذلك بأنه لا توجد للكفالة قواعد خاصة متعلقة بها، وأن المدين يعتبر أجنبياً عن العقد وإن الإكراه أو الغلط أو التدليس الصادر منه لا عبرة له إذا كان الكفيل أو الدائن يعلم به أو كان من المفروض أن يعلمه عند انعقاد عقد الكفالة، إلا أن شخص هذا المدين هو موضع الاعتبار في التعاقد، ويكون الغلط فيه جوهرياً، وإذا كنا قد أغفلنا بعض الأمور فذلك راجع إلى أننا سوف نبحثها في مقام آخر مثل آثار الكفالة أو أنواعها.

المطلب الثالث

الركن الثاني (السبب)

السبب: هو الغرض المباشر المقصود من العقد(1)، ويرى رأياً آخر بأنه هو الباعث الذي دفع الملتزم إلا أن يرتب في ذمته الالتزام(2).

فالكفالة عقد كغيره من العقود لا بد له من سبب لكي ينعقد العقد صحيحاً، وهنا لا بد للطالب من التمييز بين سبب العقد وسبب الالتزام، فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المقصود من العقد وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الإسلامي وهو عنصر موضوعي وداخل في العقد، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود، ومثال ذلك عقد البيع فيكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو دائماً رغبته في الحصول على الثمن، ويكون كذلك سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو دائماً رغبته في الحصول على البيع، وكذلك الحال بالنسبة للكفالة.

وأما سبب العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فعقد الكفالة لا يصح إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه وسبب العقد ليس واحداً بالنسبة لمختلف العقود بل هو ليس واحداً بالنسبة للعقد الواحد، وذلك لأنه يختلف باختلاف المتعاقد.

ومن القوانين العربية التي ميزت بين سبب الالتزام وسبب العقد القانون اللبناني، إذ نصت المادة (194) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه " يميز بين سبب الموجب وسبب العقد "، وكذلك فقد نصت المادة (200) من ذات القانون على أنه " إن سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد على إنشاء العقد وهو لا يعد جزءاً غير منفصل في العقد بل يختلف في كل نوع من العقود وأن تكن من فئة واحدة " ونصت كذلك المادة 201 من نفس القانون على أنه " إذا كان سبب العقد غير مباح كان العقد باطلاً أصلاً ".

أما القانون الأردني فقد حذا حذو القانون اللبناني حيث أخذ بفكرة الازدواجية أي ميز بين سبب العقد وسبب الالتزام وأخذ بهما، حيث ميز بين سبب الالتزام وسبب العقد ويظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المواد 165(، 166) من القانون المدني الأردني فالمادة (165) من ذات القانون تتحدث عن سبب الالتزام، بينما تتحدث المادة(166)عن سبب العقد.

أما بالنسبة للقانون المصري، فنظراً لعدم وضوح هذا التمييز فيه، فقد انقسم الفقهاء إلى قسمين، أحدهما يرفض فكرة ازدواجية السبب، والآخر ومنهم الدكتور أنور سلطان(1)، أي أن

---

(1) هذا ما نصت عليه المادة 165 من القانون المدني الأردني .

(2) الدكتور السنهوري – عبد الرزاق ، مصادر الحق ، ص 16.

فكرة ازدواج السبب لا تستعصي على نصوص القانون المدني المصري، وعزا ذلك إلى عدم تفسير هذه النصوص بشكل جيد.

وكما أوضحنا سابقاً بأنه لا توجد للكفالة قواعد خاصة بها وأنها تطبق عليها القواعد العامة للعقد، لذلك نجد بأن ركن السبب في عقد الكفالة ليس فيه من جديد يختلف عما هو في النظرية العامة للعقد، سوى أنه يجب أن يكون الباعث بالنسبة لكل من الكفيل والدائن المكفول له من عقد الكفالة مشروعاً، فإذا لم يكن الباعث مشروعاً أي إذا كان القصد من إبرام العقد مخالفاً للنظام العام والقانون والآداب العامة كانت الكفالة باطلة، ومثال ذلك كأن يكفل شخص امرأة مقابل فضّ بكارتها أو مقابل التحريض على الفجور.

ويشترط في السبب أن يكون السبب موجوداً، وكذلك صحيحاً، ومشروعاً، وإن كان بعض الفقهاء(2) يرى أنه يكفي أن يتوفر في السبب شرطاً واحداً وهو أن يكون السبب مشروعاً فقط.

ويختلف السبب حسب ما إذا كان سبب التزام الكفيل في الكفالة فإذا كانت كفالة تبرعية وهي الأصل وما إذا كانت كفالة بعوض بالنسبة للكفيل، فبما أن الكفالة غالباً ما تكون تبرعية، فالمقابل الذي يقلب الكفالة من كفالة تبرعية إلى كفالة عوضيه، هو المقابل الذي يحصل الكفيل من الدائن وليس من المدين أو من شخص آخر لا يرتبط بعقد الكفالة، لأننا نتحدث عن عقد ما بين طرفين هما الكفيل والدائن فقط، وبناء عليه فإن سبب الالتزام يجب أن ينحصر في علاقة الدائن بالكفيل لا في علاقة الكفيل بالمدين. وفي هذا المجال يقول الدكتور رمضان أبو السعود(3). .. " ولا نجد ما يبرر القول بتجريد التزام الكفيل من السبب بمعنى الباعث، لأن الباعث إذا كان بحسب الأصل خارجاً عن العقد، فإن الاعتداد بعدم مشروعيته لإبطال العقد يناط بعلم الطرف الآخر، ولا أثر بعد ذلك للمجال الذي يتحقق فيه الأمر غير المشروع ".

فهو يرى بأن بطلان العقد أو عدم بطلانه يتوقف على علم الدائن بهذا الباعث، فإذا كان يعلم به وقت الكفالة كانت الكفالة باطلة، وأما إذا كان لا يعلم بالباعث غير المشروع فتكون الكفالة صحيحة. بالنسبة لمشروعية سبب الكفالة فإنه ركن مفترض ولو لم يذكر في العقد، وطبعاً على

---

(1) سلطان – أنور ، **مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني**، بيروت ـ لبنان، دار النهضة العربية، لسنة 1983، ص 284.

(2) ومن هؤلاء الدكتور جميل الشرقاوي، حيث يرى بأن شرط وجود السبب وصحته ليس ضرورياً، وأنه لا يشترط في السبب إلا أن يكون مشروعاً، وهذا الرأي واضح في بحثه المنشور في مجلة الاقتصاد والقانون **بعنوان طبيعة المحل والسبب والتصرف القانوني**، ص24، العدد الثاني، سنة 1964، الذي أشار إليه الدكتور أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 237.

(3) الدكتور السعود – رمضان أبو ، مرجع سابق، ص 61.

المدين أن يثبت عكس ذلك، ولذلك يلزم أن يثبت الكفيل عدم مشروعية السبب، وإن ثبت علم الدائن بذلك أو إمكانية علمه به حتى يستطيع أن يتوصل إلى بطلان التزامه، وللكفيل أن يلجأ في ذلك إلى كافة طرق الإثبات(1).

ومن خلال ما تقدم حول موضوع السبب فقد تبين بأن هدف الكفالة: هو ضمان التزام شخص آخر يتعهد بالوفاء إن لم يف به الشخص الأصلي (المدين) وهذا واضح من خلال تعريف الكفالة، وتبين للطالب كذلك بأنه يجب إلا يكون وراء الكفالة باعث غير مشروع وإلا تكون الكفالة بطلت وذلك بسبب عدم مشروعية هدفها، ووجدنا كذلك بأنه لا يجوز أن تهدف الكفالة إلى الخروج على أحكام القانون أي مخالفة أحكام القانون، كما لو كان القصد منها ضمان التزام لا يقره القانون وذلك لعدم مشروعية مصدره، ومثال ذلك كفالة ما ينشأ من ديون عن القمار أو شراء مخدرات أو حتى أسلحة تباع للمدين لا يبيح القانون التعامل بمثل هذه الأشياء، وتبين للطالب كذلك بأن الكفالة لا تخلو من نوعين من الأغراض: النوع الأول إذا كان الغرض المباشر الذي دفع الكفيل إلى الكفالة هو تعهد المدين بأن يعطيه مقابلاً، ثم تبين بأن تعهد المدين باطل، فإن ذلك لا أثر له على عقد الكفالة ذاته، وذلك لأن السبب المشروط فيه أن يكون موجوداً في ذات العقد، وكما نعلم بأن سبب التزام الكفيل خارجاً عن عقد الكفالة، نعم هو موجود ولكن في علاقة الكفيل بالمدين ومن المعروف بأن هذا الأخير ليس طرفاً في العقد، وبناء عليه يكون التزام الكفيل مجرداً من السبب.

أما النوع الثاني وهو إذا كان الغرض المباشر هو التبرع للمدين، وكان هو الباعث الذي دفع الكفيل إلا أن الكفالة غير مشروعه، هنا يتوقف بطلان الكفالة أو عدم بطلانها على علم الدائن بهذا الباعث، فإذا كان على علم به وقت الكفالة كانت الكفالة باطلة كما لو كفل الكفيل شخصاً آخر في أمر غير مشروع، هذه هي خلاصة السبب وهو الركن الثاني من أركان الكفالة.

(1) الدكتور سعد- نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص256،.

المطلب الرابع

الركن الثالث (المحل)

يعتبر المحل الركن الثالث من أركان الكفالة، ولكن ما هو المحل المقصود بذلك، هل هو محل الالتزام، أم محل العقد، فمحل الالتزام هو ما يتعهد به المدين، أما محل العقد فهو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد، وهذا يشعرنا بأن محل العقد يخضع لأحكام تتخلف عن الأحكام التي يخضع لها محل الالتزام، ودليل ذلك أن محل الالتزام قد يكون صحيحاً في ذاته ولكن العقد قد يقع باطلاً، (1) والسبب في ذلك لأن العملية القانونية التي يرمي إليها يحرمها القانون ومثال ذلك تحريم التعامل في تركة مستقبلية لشخص على قيد الحياة.

أما بالنسبة للمحل الذي نقصده ونريد أن نتحدث عنه، فهو محل الالتزام ومحل الالتزام المقصود هو محل التزام الكفيل الذي يعتبر طرفاً في العقد، والذي يرد عادة ضمن التزام المدين وبناء عليه يكون محل التزام الكفالة هو التزام المدين المكفول.

ويقول الدكتور رمضان أبو السعود(2). .. " وقد قلنا إن التزام الكفيل يعد التزاماً تابعاً لالتزام المدين، وهذه التبعية تقتضي ألا ينشأ التزام للكفيل إلا إذا كان التزام المدين صحيحاً وموجوداً ".

ومحل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتق المدين المكفول(3) إذا لم يف به(4).

والمحل في القانون عموماً قد يكون مالاً وقد يكون عملاً أي القيام بعمل أو الامتناع عن العمل، وبالنسبة للكفالة غالباً ما يكون كفالة الالتزام الذي يكون محله مبلغاً من النقود، مثل قيام المقترض بإحضار كفيل يكفله لدى المقرض في المبلغ من النقود الذي اقترضه، وقد يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول وليس مبلغاً من النقود، مثل قيام الكفيل بكفالة البائع لدى المشتري في التزام الأول (البائع) بنقل ملكية المبيع إلى الثاني أي (المشتري)، ومثال آخر على المقاولة كأن يكفل الكفيل المقاول الذي تعاقد مع صاحب العمل على إقامة منشآت بأن يقوم المقاول بتنفيذ التزامه بهذا العمل وإلا قام به الكفيل إن لم يقم به المقاول، وكذلك قيام التاجر

(1) نص المادة 2/160 من **القانون المدني الأردني**.

(2) الدكتور السعود – رمضان أبو ، مرجع سابق، ص 60.

(3) الدكتور مرسي – محمد كامل ، **التأمينات الشخصية والعينية**، الطبعة الثالثة، ص 38.

(4) نص المادة 772 من **القانون المدني المصري**، والدكتور عبد الباقي – عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص 68، والدكتور سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص 274.

الملتزم بعدم منافسة تاجر آخر بتقديم كفيل يضمنه في الالتزام بعدم المنافسة، هذه أمثلة على محل الكفالة وما يصلح لأن يكون محلاً للكفالة.

وقد يمتد محل الكفالة إلى أبعد من ذلك فقد يضمن الكفيل ما يحكم به على المدين الأصلي من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام الأصلي المكفول وبموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام بإعطاء شيء غير النقود، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل والامتناع عن عمل.(1)

وقبل أن نختم الحديث عن محل الكفالة لا بد للطالب من التعرض لموضوع شروط صحة التزام الكفيل أي المحل.

تعرضت القوانين العربية لشروط محل التزام الكفيل وهذه الشروط هي أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون كذلك المحل موجوداً أو ممكناً، وأن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه أي أن يكون مشروعاً(2).

الشرط الأول: أن يكون محل الكفالة موجوداً أو ممكناً:

بموجب هذا الشرط يجب أن يكون محل التزام الكفيل ممكناً أو موجوداً ومن المعلوم بأن التزام الكفيل مرتبط بالتزام المدين الأصلي وهو التزام المكفول من أجل ذلك اشترط أن يكون هذا الالتزام صحيحاً.

فكما نرى كثير من نصوص القوانين العربية المدنية بأن محل الالتزام إذا لم يكن موجوداً أو محتمل الوجود كان مستحيلاً وبالتالي يكون العقد باطلاً(3)، وبما أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة تنفيذ الالتزام، فهي ضمان وكذلك توثيق للدين، وهذا يتطلب في الأصل ثبوت الدين ووجوده حتى يمكن انعقاد الكفالة ضماناً للوفاء به، ومثال ذلك كفالة الثمن مثلاً يمكن أن تتم بعد انعقاد البيع، وذلك لأن المديونية لا تثبت قبل هذا الانعقاد.

وبما أننا نتحدث عن الالتزام الموجود والممكن لا بد للطالب من دراسة ستة أنواع من الالتزامات وهي كفالة الالتزام المستقبل وكفالة الالتزام الشرطي وكفالة الالتزام الطبيعي وكفالة الالتزام الصحيح وكفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال وكفالة ناقص الأهلية، وسوف تكون دراسة هذه الأنواع بشيء من السرعة والدقة وبما يفي بالغرض المطلوب.

---

(1) الدكتور السنهوري – عبد الرزاق ، الوسيط ج10 ، ص 38.

(2) نص المواد 131(ــ 135) من **القانون المدني المصري**، وكذلك المواد (157 ــ 163)من **القانون المدني الأردني**، والمواد(186 ــ 193) من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**.

(3) نص المادة 159 من **القانون المدني الأردني** والمادة 132 من **القانون المدني المصري** والمادة 191 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**.

بالنسبة لكفالة الالتزام المستقبل وبالرجوع إلى أغلبية القوانين المدنية العربية نجد بأنه تجوز كفالة الدين المستقبل حتى وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة، ومثال ذلك أن يكفل الكفيل تنفيذ التزام العميل تجاه البنك بمقتضى عقد الكفالة حيث تنصب الكفالة عندئذ على ما قد ينشأ في ذمة العميل من ديون للبنك وذلك خلال فترة فتح الاعتماد، فهي كفالة كدين لم ينشأ بعد ولكنه محتمل الوجود في المستقبل(1).

ومن القوانين العربية المدنية التي أجازت كفالة الدين المستقبل، القانون المدني المصري، حيث جاء في المادة 778 منه أنه " 1.تجوز الكفالة في الدين المستقبل، إذا حدد مقدما المبلغ المكفول. .. 2.على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة، كان له في أي وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ ".

وقد تأثر كذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني، بجواز الأخذ بكفالة الدين المستقبل حيث جاء في المادة 1057 منه على أنه: " يجوز أن يكون موضوع الكفالة موجبا ممكن الوجود، كضمان نزع الملكية بدعوى الاستحقاق، أو موجباً مستقبلاً أو غير معين. .. ".

وكذلك القانون المدني الأردني حيث جاء في المادة 955 على أنه: " تصح الكفالة بنفقة الزوجة والأقارب ولو قبل القضاء بها أو التراضي عليها " وكذلك القانون المدني السوري في المادة 744 منه.

وبالتعليق على النصوص السابقة نستطيع أن نعطي التحليل التالي للكفالة المستقبلية.

أولا: أجازت هذه القوانين كفالة الدين المستقبل ولكن هذه الإجازة معلقة على شروط هي :

أ.يجب أن يكون الدين المستقبل محدد المقدار في عقد الكفالة ومقدما قبل عقدها.

ب.أن تحدد لهذه الكفالة مدة معينة وخلال المدة لا يجوز للكفيل الرجوع في كفالته، فإذا لم يحدد مدة جاز للكفيل أن يتحلل من التزامه قبل نشوء الالتزام ويؤيد ذلك النصوص السابق ذكرها.

ثانيا: إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته وقبل أن ينشأ الدين كله أو بعضه وعلم الدائن بذلك، رجع الكفيل في كفالته، في هذه الحالة لا يكون الكفيل ضامناً لما ينشأ من دين في المستقبل، أما إذا كان رجوع الكفيل بعد أن ينشأ بعض الدين وبعد علم الدائن بهذا الرجوع، هنا في هذه الحالة لا يكون الكفيل ضامناً إلا هذا الجزء الذي نشأ دون غيره مما ينشأ في المستقبل.

---

(1) الدكتور الشرقاوي – جميل ، مرجع سابق، ص 40 والدكتور السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 54.

ثالثا: إذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته، هنا في هذه الحالة لا يجوز للكفيل الرجوع في هذه الكفالة خلال هذه المدة، وإذا ما انقضت هذه المدة ولم ينشأ الدين هنا في هذه الحالة برئت ذمة الكفيل بصفة نهائية، أما إذا نشأ جزء من الدين فقط خلال هذه المدة يكون الكفيل ملتزما دون غيره بضمان هذا الجزء(1).

رابعا: لقد لاحظنا بأن الكفالة المستقبلية لا يمكن أن ينتج أثرها إلا إذا وجد الالتزام المكفول فعلاً، ومثال ذلك كفالة الثمن للمشتري عند الاستحقاق من حيث لا يطالب فيها الكفيل البائع إلا إذا قضي باستحقاق المبيع ثم بإلزام البائع برد الثمن(2)، أما إذا لم يوجد الالتزام المستقبلي وثبت أنه لن يوجد مطلقاً فإن هذه الكفالة تنقضي دون أن تنتج أي أثر(3).

خامسا: بالنسبة لرأي الفقه والقضاء الفرنسي يرى الدكتور نبيل إبراهيم سعد(4). .. " أن الفقه والقضاء في فرنسا يرى أن للكفيل أن يحدد التزامه بحد أقصى وبمدة معينة، وأن محكمة النقض الفرنسية اشترطت في كفالة الالتزام المستقبل أن يعين الدين صراحة في الاتفاق، .. وأن هذا الشرط عام بالنسبة لكل دين مكفول، وإن هذا الأمر مستقر في فرنسا فقها وقضاء دون وجود نص خاص متعلق بكفالة الالتزام المستقبل ".

وبخصوص كفالة الالتزام الشرطي فقد مر معنا سابقاً بأنه لا بدّ لانعقاد الكفالة من وجود التزام أصلي صحيح بغض النظر عن نوع مصدره فالمهم أن يكون هذا المصدر مستوفياً لشروط انعقاده وصحته وينجم عنه انشغال ذمة المدين بالتزام ما.

كما لا بد أن تتوافر شروط معينة في محل الالتزام المكفول إضافة للشروط العامة التي يجب توافرها في أي محل وهي :

1. أن يكون الالتزام موجوداً أو ممكن الوجود.
2. أن يكون الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين.
3. أن يكون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل.
4. أن يكون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل.

إلا أن ذلك لا يكفي إذ لا بد من وجود التزام أصلي صحيح إذ إنه بدون وجود التزام أصلي صحيح ومعين لا توجد كفالة وبالتالي لا تنتج أي أثر من آثارها.

---

(1) الدكتور سعد – نبيل ابراهيم ، مرجع سابق، ص 279.

(2) المادة 965، من **القانون المدني الأردني**، والمادة 2/1020 من **القانون المدني العراقي**.

(3) المادة 956 من **القانون المدني الأردني**.

(4) الدكتور نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 277.

ورأينا كذلك بأنه ليس من الضروري تحديد مصدر الالتزام المكفول ولا محله ذلك أنـــه يجوز كفالة الالتزام أياً كان مصدره وأياً كان محله إلا أنه من الضروري لقيام عقد الكفالة وحتى يكون منتجاً لآثاره فلا بد من وجود التزام أصلي لقيام عقد الكفالة وحتى يكون منتجاً لإثاره فلا بد من وجد التزام أصلي مكفول، ذلك أن فكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول تـــسيطر علـــى أحكام الكفالة وبناء عليه فلا بد من وجود دين ثابت هذه هي القاعدة العامة.

وتطبيقاً للقاعدة العامة السابق ذكرها ولنصوص كثير من القوانين المدنية العربية نستطيع القول بأنه تجوز كفالة الالتزام الشرطي سواء كان الدين الأصلي المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف[1].

لقد اتضح مما سبق بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي أي يقوم علـــى فكـــرة التبعية وبناء على ذلك يترتب على تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي أن يرتبط مصير التـــزام الكفيل بمصير الالتزام الأصلي وفقاً لتحقق الشرط أو تخلفه.

فإذا تحقق الشرط الواقف فأصبح الالتزام الأصلي نافذاً أصبح التزام الكفيل كذلك نافـــذاً (عقد الكفالة)، وإذا تخلف الشرط فزال الالتزام الأصلي زال التزام الكفيل (عقد الكفالة باطل).

وإذا كان الشرط فاسخاً فيكون الالتزام الأصلي قبل تحققه نافذاً، وكذلك التزام الكفيل (عقد الكفالة)، إما إذا تحقق الشرط فيزول الالتزام الأصلي وكذلك التزام الكفيل أي (عقد الكفالة) [2].

ونلاحظ في هذا المجال بأن المشرع الأردني خرج عن القاعدة العامة للكفالة وهي وجود دين ثابت، وذلك بأن أجاز كفالة الالتزام قبل وجوده حيث أجاز الكفالة المعلقة علـــى شـــرط أو المضافة إلى أجل أو الكفالة المستقبلية ذلك بصريح نص المادة 953 من القانون المدني والتـــي جاء فيها بأنه. .. يصح أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة إلى زمن مستقبل أو مؤقتة، وكذلك نص المادة 955 منه.

---

(1) نص المادة 778 من **القانون المدني المصري** والتي جاء فيها على أنه: ". .. كما تجوز الكفالة فـــي الـــدين الشرطي" ويقابل هذه المادة 744 من **القانون المدني السوري** وكذلك المادة 1057 من **قانون الموجبات والعقـــود اللبناني** والماد ة636 من **مجلة الأحكام العدلية** والمادة 1008 من **القانون المدني اليمني** حيث تنص على أنـــه: " تصح الكفالة معلقة على شرط ولو بمجهول انتهاء، وتصح مضافة إلى أجل معلوم ابتداء. .. "، وكذلك نص المادة 959 من **القانون المدني الأردني** حيث جاء فيها على أنه: "للكفيل في الكفالة المعلقة أو المضافة أن يرجـــع عـــن كفالته قبل ترتب الدين "، حيث أجاز هذا القانون كفالة الالتزام الشرطي قبل ثبوت الدين المكفول، وأعطى للكفيـــل في هذا النوع أن يرجع عن كفالته قبل ترتب الدين، وهذا ما أخذ به **القانون المدني العراقي** في المادة 1010 منه.

(2) الدكتور منصور – مصطفى منصور، **عقد الكفالة**، ص 37

ويبرر المشرع الأردني ضروبه على القاعدة العامة ــ قاعدة تبعيــة الكفالــة للالتــزام الأصلي المكفول وإجازته للكفالة ضمانا لدين لم يوجد وقت إبرامها، بأن ما تقتــضيه متطلبــات التعامل في الوقت الحاضر ذلك أن أصحاب رؤوس الأموال لا يقبلون منح ائتمان إلا إذا حصلوا مقدما على تأمين يضمن لهم استيفاء حقوقهم ومن شان إجازة الكفالة ضماناً لديون مــستقبلية أو شرطية أن تسهل للمتعاقدين الحصول على الائتمان الذي يحتاجون إليه، وعليه فإن الكفالة أما أن تتقرر ضماناً لالتزام موجود أو ضماناً لالتزام مستقبلي أو شرطي.

وأما بخصوص كفالة الالتزام الطبيعي فيعرف بأنه الالتزام الذي يقــوم علــى عنــصر المديونية (انشغال ذمة المدين) دون عنصر المسؤولية (التنفيذ الجبري) حيث لا يمكــن للــدائن بمقتضى هذا الالتزام أن يجبر مدينه على التنفيذ إذا لم يقم المدين بذلك طواعية(1)، وقد عرفــه القانون المدني الأردني في المادة 2/313 على أنه " إذا افتقد الحق حماية القانون لأي سبب فــلا جبر في تنفيذه ويصبح حقاً طبيعياً يجب في ذمة المدين " أي أنه واجب أدبي يدخل فــي منطقــة القانون ينزل عن الالتزام المدني في استعماله قهر المدين به على الوفاء، ويرتقي عــن مجــرد الواجب الأخلاقي غير أن الوفاء به لا يعتبر تبرعاً وعلى ذلك نصّت المادة 314 مــن القــانون المدني على أنه " إذا أوفى للمدين حقا طبيعياً فقد حماية القانون صح وفاؤه ولا يعتبر وفاء لما لا يجب ومثال هذا الالتزام أنه إذا دفع المدين الدعوى بالتقادم أو بقوة اليمين الحاســمة أو بحجيــة الأمر المقضي به فإن الالتزام الذي لم يحكم به يتخلف عنه في ذمة المدين التزام الطبيعي.

هذا الالتزام لا يمكن كفالته فهو وإن سمح بكفالته فهو يعد وسيلة لإجبار المــدين علــى الوفاء بالالتزام الطبيعي بطريقة غير مباشرة، فالدائن يجبر الكفيل على الوفاء، ثم يعود الكفيــل على المدين بما أوفاه وعليه يكون المدين قد أجبر في النهاية على الوفاء بالالتزام الطبيعي(2) كما أنه قد ينشأ التزام تبعي أشد من الالتزام الأصلي وهذا أمر لا يمكن تصوره(3).

ورغم هذا الرأي الحاسم إلا أن بعض الفقه الفرنسي يذهب إلى جــواز كفالــة الالتــزام الطبيعي استناداً إلى جواز كفالة ناقص الأهلية ذلك أن التزام ناقص الأهلية بعد فــسخه يــصبح التزاما طبيعيا(4)، إلا أن غالبية الفقهاء الفرنسيين وفي معرض ردهم على هذا الرأي يرون بأن كفالة ناقص الأهلية لا تتأسس على أنها كفالة التزام طبيعي ذلك أن من يكفل ناقص الأهلية هــو

---

(1) . د السنهوري – عبد الرزاق ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ج2 ،ص 53

(2) د.ع السنهوري – بد الرزاق ، مرجع سابق، ص 73.

(3) د. سعد – أحمد محمود ، مرجع سابق، ص 204 ــ 207.

(4) د. أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص 88.

ليس كفيلاً بل هو مدين أصلي تحت شرط واقف ألا وهو أن لا ينفذ ناقص الأهلية التزامه ويتمسك الكفيل بنقص الأهلية(1).

ومن بين التشريعات الحديثة كان المشرع اللبناني(2) موفقا حينما نص على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي صراحة ولم يترك أمر حسمها للقواعد العامة على غرار ما فعلته هذه التشريعات لذلك فإنني أرى أن عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي هو أمر منطقي وينسجم مع مقتضيات الأحكام العامة ذلك أنه إذا سمح به فإنه يكون قد نقل من الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني حيث نكون قد أدخلنا له عنصر المسؤولية بطريقة غير مباشرة عن طريق أن الدائن يجبر الكفيل على الوفاء ومن ثم يقوم الكفيل بدوره على الرجوع للمدين بما أوفاه عندئذ نصبح أمام إجبار على الوفاء من قبل المدين.

ومن خلال ما تقدم نجد بأن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي فيبطل كلما بطل هذا الالتزام كما أنه ينقضي بمجرد انقضائه، إلا أنه بالنسبة لالتزام ناقص الأهلية فإنه استثناء لا يجوز للكفيل التمسك ببطلان الالتزام الأصلي ما دام أنه كان عالما بنقص الأهلية.

وللكفيل كذلك أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ويكون ذلك باسمه لا باسم المدين وضد التزامه هو لا ضد التزام المدين، وإذا شاب الالتزام الأصلي عيب من عيوب الرضا كغلط أو تدليس أو إكراه وأجاز المدين العقد، فإن هذا لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بهذا العيب ضد التزامه ككفيل دون أن يحاج بالإجازة، ومثال ذلك التقادم.

ويكون تمسك الكفيل بذلك عن طريق دعوى مبتدئة يرفعه على الدائن أو بالتدخل في الدعوى القائمة بين الدائن والمدين فيطلب براءة ذمته من التزامه أو عن طريق الدفع عندما يرجع الدائن عليه، وللكفيل أن يتمسك بالبطلان لعيب في شكل الالتزام الأصلي أو لانعدام الرضا أو لعدم مشروعية السبب أو لعدم توافر شروط المحل أو لأي سبب آخر وحتى أي سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو لتجديد أو لإنابة الكاملة أو لمقاصة حتى ولو لم يتمسك المدين بها أو حتى كذلك تنازل المدين من التمسك بها، فالكفالة هنا تابعة(3).

---

(1) د.ع السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 73.

(2) **قانون الموجبات والعقود اللبناني** في المادة 7 منه حيث جاء فيها أنه " لا يجوز تأمين الدين الطبيعي بكفالة شخصية أو برهن، ما دام طبيعيا ".

(3) الدكتور السنهوري ، مرجع سابق، ص 107، والدكتور مرسي – كامل ، ص 56 والدكتور زكي – جمال ، ص106 وكذلك المادة 782 **مدني مصري** حيث تنص على أنه: " إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه "، ويقابلها المادة 1077 **موجبات وعقود لبناني** والمادة 748 **مدني سوري** والمادة 91 **مدني ليبي**.

وأما فيما يتعلق بكفالة الالتزام الصحيح ففي الحقيقة أنه لا يكفي لوجود الكفالة أن يوجد الالتزام الأصلي المكفول بل يشترط فضلاً عن ذلك أن يكون هذا الالتزام المكفول صحيحاً ذلك أنه حتى تكون الكفالة صحيحة ويترتب عليها التزام في ذمة الكفيل بضمان الالتزام المكفول يجب أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً.

وهذا ما عبر عنه المشرع اللبناني في المادة 1056 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي جاء فيها بأنه " لا تصح الكفالة إلا لموجب صحيح " وكذلك الشرع المصري في المادة 776 من القانون المدني المصري التي جاء فيها بأنه " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً " أما بالنسبة للقانون السوري فقد نص على ذلك في المادة 743 لما أوردته التشريعات العربية السابق ذكرها، إلا أنه وبالرغم من ذلك فإنه يمكننا استنتاج هذا الأمر من نص المادة 954 من القانون المدني الأردني.

وبناء على ما تقدم نستطيع القول بأنه إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً فإن الكفالة تكون باطلة، فمثلاً إذا كان الالتزام الأصلي المكفول ناشئا عن عقد باطل كان للكفيل أن تمسك بمواجهة الدائن بهذا البطلان فيتوصل بذلك إلى بطلان كفالته تبعاً لبطلان الالتزام الأصلي المكفول(1)، ذلك أن الدفع المتعلق ببطلان الالتزام الأصلي المكفول هو من الدفوع التي يستطيع الكفيل أن يحتج بها على الدائن ذلك أنها من الدفوع الشخصية الممنوحة له(2).

ويؤيد ذلك ما جاء بقرار محكمة التمييز الأردنية من أنه " للكفيل أن يحتج بالدفوع التي تكون للمدين الأصلي مثل انقضاء الدين بالوفاء أو بالإبراء أو التقادم أو كون الالتزام باطلاً أو عدم وجود سبب للالتزام وفي مثل هذه الحالة يقع عبء إثبات الدفع على الكفيل ذاته "(3).

---

(1) المحامي الشريف – عصام لطفي ، **بحث الكفالة في القانون المدني الأردني**، منشور في مجلة نقابة المحامين الملحق 15 لعام 1983، ص 152.

(2) المحامي الشريف – عصام لطفي ، مرجع سابق، ص 150، وكذلك قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 66/415، المنور على الصفحة 299 من **مجلة نقابة المحامين** لسنة 1967، وجاء فيه " أن من حق الكفيل أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي تكون للمدين مثل انقضاء الدين بالوفاء أو بالإبراء علاوة على الدفوع التي له شخصيا ".

(3) القرار التمييزي رقم 60/41، المنشور على الصفحة 34 من **مجلة نقابة المحامين** لسنة 1960.

وأما بخصوص كفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال، فالالتزام القابل للالتزام هو التزام ينشأ صحيحاً ويكون مستوفياً لكل أركان انعقاده، إلا أنه قد عيبت إرادة الملتزم بعيب من عيوب الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال(1).

وبناء عليه بما أن الالتزام القابل للإبطال يولد صحيحاً، وكذلك منتجاً لإثارة فإنه من حيث المبدأ تصح كفالته ابتداء، وتبعاً لفكرة التبعية في الكفالة فإن مصيرها يكون هو نفس مصدر التزام المكفول، وهو صحته حتى يقضي ببطلانه، وبمجرد الحكم ببطلانه زالت الكفالة مع زوال الالتزام وإن بقي بقيت صحيحة وملزمة.

فالالتزام القابل للإبطال التزام موجود وبالتالي يمكن كفالته، فإذا انعقدت الكفالة، وأجاز المدين الأصلي هذا العقد القابل للإبطال، فإن التزامه ينقلب صحيحاً، أما بالنسبة لكفيل فإذا أجاز الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال، أما إذا لم يجز الكفيل الكفالة فإنه يبقى للكفيل حق التمسك بإبطال الكفالة حتى ولو أجازها المدين، والسبب في ذلك أن الكفيل قد كفل مديناً بعقد قابل للإبطال، وبناء عليه فلا يستطيع هذا المدين أن يسوء مركز الكفيل بإجازته هذا العقد، ويكون للكفيل أن يتمسك بإبطال الكفالة حتى لو أجاز المدين الأصلي العقد(2).

أما إذا كان الكفيل عالماً بأنه يتقدم لكفالة قابلة للإبطال أي أنه قاصداً تأمين الدائن ضد خطر تمسك المدين بالدفع بالبطلان، هنا في هذه الحالة لا يستطيع الكفيل أن يتمسك بالإبطال في حالة عدم تمسك المدين المكفول به.

أما إذا كان الكفيل قد تقدم للكفالة القابلة للإبطال وهو يجهل ذلك أي يجهل بطلان الالتزام الأصلي، فهنا يكون الكفيل قد تقدم للكفالة قاصداً كفالة التزام صحيح، ويترتب على ذلك أنه إذا وفى الدائن رجع بعد ذلك على المدين ولا يستطيع الأخير أن يحتج عليه ببطلان التزامه، وطبعاً في هذه الحالة يحق للكفيل أن يتمسك بالبطلان برغم عدم تمسك المدين الأصلي المكفول به.

ويستفاد ذلك من خلال النصوص القانونية حيث جاء في المادة 1/782 من القانون المدني المصري على أنه: " 1. يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، 2.على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه "، وكذلك نص المادة 1077 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 748 مدني سوري.

---

(1) الدكتور الشرقاوي – جميل ، مرجع سابق، ص 45 والدكتور السنهوري، مرجع سابق، ص 42.

(2) الدكتور السنهوري، مرجع سابق، ص 44، والدكتور زكي – محمود جمال الدين ، مرجع سابق، ص 61، والدكتور سعد – نبيل إبراهيم الذي أخذ عن الدكتور السنهوري، والدكتور عبد الباقي – عبد الفتاح ود. أبو السعود – رمضان.

بالنسبة لكفالة الالتزام الباطل فقد نصت المادة 1056 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه " لا تصح الكفالة إلا لموجب صحيح "(1).

وكذلك تنص المادة 776 من القانون المدني المصري على أنه " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً ".

فمن خلال هذه النصوص نجد بأن التزام الكفيل مرتبط بالالتزام المكفول، فإذا كان الالتزام الأصلي باطلا ترتب على ذلك بطلان التزام الكفيل، ولا خلاف في أن يكون بطلان الالتزام الأصلي راجعا إلى عدم وجود الرضا أو لتخلف شرط من شروط المحل أو السبب، أو التخلف الشكلي إذا كان التصرف تصرفاً شكلياً، مثل كفالة دين القمار وكذلك كفالة الفوائد الربوية، والالتزام المعلق على شرط مستحيل أو غير مشروع.

وأما بالنسبة لأثر كفالة التزام ناقص الأهلية فقد رأينا سابقاً بأن التزام ناقص الأهلية التزام قابل للإبطال، ووجدنا كذلك بأنه إذا كان الالتزام الأصلي قابلا للابطال، فإن عقد الكفالة يكون بدوره قابلاً للابطال، وبما أننا نتحدث عن كفالة التزام ناقص الأهلية فلا بدّ للطالب أن يبين الحالات الخاصة بهذا النوع.

الحالة الأولى: إذا كان المدين ناقص الأهلية وكان الكفيل كفيلاً لا مديناً أصلياً(2) فمن خلال هذه الحالة نجد بأن التزام الكفيل قابل للإبطال والسبب في ذلك هو نقص أهلية المدين ونجد كذلك بأنه إذا تمسك المدين بإبطال التزامه وقضي بالإبطال، فإن التزام المدين يزول بأثر رجعي.

وبناء على ما سبق فإذا زال التزام المدين في هذه الحالة يترتب عليه زوال التزام الكفيل والسبب في ذلك لأن التزامه التزام تابع(3).

وإذا لم يتمسك المدين بإبطال التزامه القابل للإبطال، هنا في هذه الحالة يحق للكفيل أن يتمسك بإبطال التزام المدين حتى يصل إلى إبطال التزامه هو أيضاً بالتبعية(4).

---

(1) الدكتور زكي – محمد جمال الدين ، **التأمينات الشخصية والعينية**، الطبعة الثالثة، لسنة 1979، مطابع دار الشعب، ص 60.

(2) الدكتور السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 47، والدكتور حسن – عبد الخالق ، مرجع سابق، ص 50 والدكتور أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص 72.

(3) الدكتور تناغو – سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص 41.

(4) نص المادة 776 من **القانون المدني المصري**، والمادة 1056 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**، والمادة 743 من **القانون المدني السوري**.

الحالة الثانية: إذا كان المدين ناقص الأهلية وكان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين وقت إبرام العقد إلا أن كفالته لم تكن سبب نقص الأهلية، هنا في هذه الحالة يكون الكفيل كفيلا لا مدينا أصليا.

فمن خلال هذه الحالة نجد بأن التزام الكفيل مرتبط بالتزام المدين، ونجد كذلك بأنه إذا تمسك المدين بإبطال التزامه وقضي بالإبطال، فإن التزام الكفيل في هذه الحالة يبطل تبعاً لالتزام المدين.

وإذا تنازل المدين الأصلي عن حقه في طلب الإبطال، هنا لا يكون بوسع الكفيل طلب الإبطال والسبب في ذلك واضح لأنه كان يعلم وقت الكفالة بنقص أهلية المدين، وبناء عليه يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في طلب الإبطال إذا أجاز المدين التصرف(1).

الحالة الثالثة: إذا كان المدين ناقص الأهلية والكفيل لا يعلم بنقص أهليته وقت إبرام عقد الكفالة وكانت الكفالة بسبب نقص أهليته.

هنا في هذه الحالة نجد بأنه إذا طالب المدين بإبطال التزامه وتقرر الإبطال فيكون الكفيل مدينا أصليا(2)، وهذا لا يطبق على التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا، لأنه إذا كان التزام المدين باطلا بطلانا مطلقا، فإن الكفالة تكون غير موجودة وذلك لعدم وجود المحل(3).

وقبل الانتقال للشرط الثاني من شروط المحل لا بد للطالب من إعطاء فكرة بسيطة عن كفالة الدين التجاري.

أما كفالة الدين التجاري فهي جائزة بصرف النظر عن صفة الكفيل أو المدين أو حتى الدين كونه تجارياً أو مدنيا، أما بالنسبة للدائن تعتبر الكفالة بالنسبة له عملاً تجارياً إذا كان حقه تجارياً(4).

الحالة الأولى: إذا كان الكفيل تاجراً يحترف كفالة التزامات الغير بمقابل(5).

---

(1) الدكتور زكي – محمود جمال الدين ، مرجع سابق، ص 63.

(2) نص المادة 777 من **القانون المدني المصري**، وهذا النص في الحقيقة يعد نص خاص بناقص الأهلية وبالتالي يعد خروجاً على القواعد العامة في عقد الكفالة باعتبار أن التزام الكفيل التزام تابع.

(3) الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 35.

(4) **قرار النقض الفرنسي**، 25 أكتوبر، سنة 1921 سيريه 1922 – 1 – 278 – 17 ديسمبر 1934 سيريه 1936 – 1 – 287 – بلانيول وسافاتيه، فقرة 1511 ص 967 المشار إليه في السنهوري، مرجع سابق، ص 67.

(5) **قانون التجارة الأردني** في المادة 8 /فقرة 1 وفقرة 2 والمادة 9 وما بعدها وهذا ما أخذ به الفقه الفرنسي أيضا مشار إليه في طلبه وهبه خطاب، **عقد الكفالة**، 1988، مكتبة سيد عبدالله – هبة القاهرة، ص 23.

الحالة الثانية: إذا كان الكفيل مصرفاً من المصارف، ذلك أن كل أعمال المصارف تعتبر تجارية(1).

الحالة الثالثة: الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً(2).

ولا يفوتنا أن نبين ما هي الأوراق التجارية وكذلك الضمان الاحتياطي، فالأوراق التجارية هي الشيك والكمبيالة والسند الأذني، فمن خلال الحالة السابقة نجد بأنها تشمل الأوراق التجارية وليس الكمبيالة فقط، (أما بالنسبة للضمان الاحتياطي إذن كفيل يقدمه أحد الملتزمين في الورقة التجارية ليضمنه في الوفاء إذ قد لا يثق المستفيد الأول أو المظهر إليه في قدرة محرر السند أو مظهره على الوفاء فيطلب منه تقديم كفيل، الأمر الذي يترتب عليه إضافة ملتزم جديد إلى الورقة وزيادة ضمانات الحامل تبعاً لذلك) (3).

فالضمان الاحتياطي إذا ورد على ورقة تجارية، فيعتبر عملاً تجارياً، ولو لم يكن الضامن الاحتياطي تاجراً ونستنتج كذلك بأن الضمان الاحتياطي إذا ورد على كمبيالة فهو يعتبر عملاً تجارياً أما إذا ورد الضمان الاحتياطي على سند أذني لم يحرره تاجر، وحرر بمناسبة عملية مدنية، فإن هذا الضمان الاحتياطي لهذا السند لا يعتبر عملاً تجارياً وإنما يعتبر عملاً مدنياً(4).

الحالة الرابعة: إذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير الأوراق التجارية فالكفالة هنا تعتبر عملاً تجارياً، وكذلك الضمان الناشئ عن التظهير المقرر بنص القانون كما لاحظنا سابقاً.

ويترتب على اعتبار الكفالة عملاً مدنياً أن المحكمة المختصة بالفصل في موضوع النزاع هي المحكمة المدنية إذا كان الكفيل هو المدعى عليه(5)، أما بالنسبة لطرق الإثبات بالنسبة إلى الكفيل فهي تثبت بالطرق المدنية ويجب أن تكون مكتوبة.

الشرط الثاني: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين:

لاحظنا كما مرّ سابقاً عند دراسة الشرط الأول من شروط المحل وهو أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود بأنه بدون هذا الشرط لا تكون الكفالة صحيحة وبناء عليه لا يكفي

---

(1) نص المادة 1/6/د من **قانون التجارة الأردني**.

(2) وهذا ما نصت عليه المادة 779 **مدني مصري** يقابلها المادة 745 **مدني سوري** وكذلك المادة 1016 **مدني عراقي** وكذلك المادة 138 من **القانون التجاري المصري** والمادة 161 و163 من **القانون التجاري الأردني**.

(3) الدكتور شفيق – محسن ، **القانون التجاري (الأوراق التجارية)**، الطبعة الأولى، ص 3-6.

(4) الدكتور حسن – عبد الخالق ، مرجع سابق، ص 64 و الدكتور عبد الرحيم – ثروت علي ، **القانون التجاري المصري** ، طبعة 1982م، ص 728.

(5) السنهوري، مرجع سابق، ص 68.

لصحة الكفالة أن يكون الالتزام المكفول موجوداً أو قابلاً للوجود، بل يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وبناء عليه لا يصح ضمان المجهول وكفالته، كضمان بعض دين المدين أو جزء غير محدد منه، وذلك لجهالة الالتزام المكفول مما يؤدي إلى عجز الكفيل عن الوفاء به فلا يتحقق المقصود من الكفالة(1).

فتعيين المكفول به والعلم به يختلف بحسب ماهيته، فإذا كان المكفول به فيها ديناً أو حتى عيناً، هنا يجب تحديد محله سواء كان هذا الدين عبارة عن عمل أو الامتناع عن عمل أو تسليم مبلغ من النقود أو شيء مثلي، فإذا كان عينا وجب على المدين تسليمها أو نقل حق عين عليها، وكذلك وجب تعين وتحديد هذه العين وكذلك بيان ماهية التزام المدين الواجب تنفيذه على هذه العين حتى تصح كفالة هذا الالتزام(2).

أما بالنسبة لموضوع بيان مقدار الالتزام كشرط لتعينه على وجه يؤدي إلى صحة الكفالة فيه، لا بد للطالب من التفريق بين ما إذا كان الالتزام المكفول موجوداً عند إبرام الكفالة وبين ما إذا كان سيوجد مستقبلاً بعد انعقادها، فإن كان الالتزام قد ثبت في ذمة المدين المكفول عنه قبل انعقاد الكفالة، وهذا هو الأصل، هنا في هذه الحالة يجب بيان مقدار هذا الالتزام وذلك لكي تكتمل معلوميته، ويكون ذلك بأن ينص في عقد الكفالة على ضمان الكفيل التزام البائع بتسليم ألف طن من القمح، أو ضمان دفع المشتري الثمن المؤجل المسمى في العقد والذي مقداره مليون دينار.

أما إذا كان الالتزام المكفول لم يوجد بعد عند إبرام عقد الكفالة، وهذا في الحقيقة ممكن الحدوث كما سبق أن رأينا، هنا لا يشترط لتعين هذا الالتزام بيان مقداره، والسبب في ذلك بسيط هو أن هذا الأمر مستحيل قبل نشوء الالتزام وثبوته في ذمة المدين(3).

وقد يسأل البعض ما هو التعين المراد به في هذا المجال، في الحقيقة أنه يكفي لتعيين الالتزام المكفول بان شخص المدين به، إذا كان هناك نص في عقد الكفالة على ضمان الكفيل لما ينشأ مستقبلاً في ذمة المدين من ديون، وقد يكون تعيين الالتزام المكفول بتعيين المدة التي يلتزم الكفيل بضمان ما ينشأ خلالها من التزامات وديون في ذمة المدين المكفول عنه، ومثال ذلك أن يذكر في عقد الكفالة بأن الكفيل يضمن ما ينشأ في ذمة المدين من ديون وذلك خلال سنة من

---

(1) الدكتور السالوسي – علي أحمد ، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة**، دار الاعتصام، الطبعة الثانية، القاهرة 1973م.

(2) الدكتور السرحان – عدنان ، مرجع سابق، ص 196.

(3) نص المادة 950 من **القانون المدني الأردني** يقابلها المادة 612 من **مجلة الأحكام العدلية**، والمادة 1053 **موجبات وعقود لبناني** والمادة 772 **مدني مصري**، والمادة 1008 **عراقي** هذه المواد تؤيد في معناها ما ذهبنا إليه.

تاريخ التعاقد، وقد يكون تعين الالتزام للمكفول وتحديد مقداره بتحديد سقف أعلى للـدين الـذي يضمنه الكفيل، ومثال ذلك التزام الكفيل بضمان ما ينشأ في ذمة المدين من مبالغ نقدية ولكن في حدود مليون ليرة، أو حتى ما ينشأ من تسليم كميات من القمح على أن لا يزيد ذلك علـى ألـف طن.

فقد نصت المادة 630 من مجلة الأحكام العدلية والتي هي أصل كثير مـن نـصوص التشريعات، حيث جاء فيها على أنه " إن كان المكفول به نفساً يشترط أن يكون معلوماً وإن كان مالاً لا يشترط أن يكون معلوماً، فلو قال إنه كفيل بدين فلان على فلان تصح الكفالة وإن لم يكن مقداره معلوماً ".

وبالنتيجة فإن الجهالة في المكفول به، لا يمكن أن تقبل على وجه الإطلاق، فيجب علـى الأقل مراعاة ما اشترطه القانون ذاته من ضرورة أن يكون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل، وبناء عليه فإذا كانت الجهالة فاحشة كضمان جزء غير معين من الدين، فإنها قد تؤدي إلى عجز الكفيل، فلا تصحّ الكفالة عندئذ وذلك لعدم إمكانية تحقق المقصود منها.

الشرط الثالث: أن يكون المحل مشروعاً أو قابلاً للتعامل فيه:

هذا الشرط لا مجال للبحث فيه والسبب في ذلك لأنه يتحقق دائماً إذا تحقـق الـشرطان السابق ذكرهما، وذلك لأن ضمان تنفيذ التزام الغير عمل مشروع في ذاته.

الشرط الرابع: أن يكون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل:

لا تصح كفالة الالتزام الذي لا يستطيع الكفيل أن يقوم فيه مقام المدين الأصلي، وذلك لأن مقصود الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام، بحيث ينفذ الكفيل الالتزام الذي لـم ينفذه المدين، فإن كان المكفول به غير مقدور الاستيفاء على الكفيل لتخلف هذا المقـصد فقـدت الكفالة فائدتها، لذلك لا تصح الكفالة في العقوبات البدنية كالحـدود والقـصاص لأن العقوبـة لا تجري فيها النيابة فيتعذر فيها الاستيفاء من الكفيل(1).

وقبل الانتقال من موضوع الأركان لا بد للطالب من إلقاء الضوء بشكل سـريع علـى الأهلية وهل هي ركن من أركان الكفالة أم تدخل ضمن نطاق ركن الرضا.

وأما بالنسبة للأهلية في عقد الكفالة فعند بحث الركن الأول من أركان الكفالة وهو الرضا وجدنا بأن كثيراً من القانونيين لا يجعلون الأهلية ركناً مستقلاً بذاته وإنما هو داخل فـي الـركن الأول وهو ركن الرضا، وذلك لأن الرضا لا يعد صحيحاً إلا إذا كان صادراً عـن ذي أهليـة،

---

(1) نص المادة 630 من **مجلة الأحكام العدلية**، وكذلك المادة 954 من **القانون المدني الأردني** ويقابلهما المـادة 1058 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** حيث جاء فيها على أنه (لا تصح كفالة الموجب الذي لا يـستطيع الكفيل أن يقوم فيه مقام المديون الأصلي كالعقوبة البدنية).

وبالرغم من ذلك فإننا سوف نتعرض لتعريف الأهلية وأقسامها وعلاقتها بالكفالة وكـــذلك حكـــم التصرف الصادر من غير ذي الأهلية.

الأهلية: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه وصلاحيته لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها، وتنقسم إلى قسمين:

1.أهلية وجوب: ويعرفها القانون في كثير من التشريعات بأنها صلاحية الشخص لتكون له حقوق وعليه واجبات.

2.أهلية أداء: وتعرف كذلك على أنها صلاحية الشخص لصدور الأفعال عنه على وجه يعتد به شرعا(1).

إن شرط توافر الأهلية أساس لكل تصرف قانوني وصلاحية الكفيل لإبرام الكفالة شـــرط بديهي، وكما أوضحنا سابقا بأن الكفالة تعتبر بحسب الأصل من أعمال التبرع، والمتبـــرع هـــو الكفيل، وبناء عليه فإذا توافرت في الكفيل أهلية الالتزام بالكفالة عند إبرامها فإن كفالته تظل قائمة وكذلك صحيحة بنفس الوقت حتى ولو فقد أهليته بعد ذلك.

وخلاصة القول نجد بأنه يجب فيمن يباشر عقد الكفالة أن يكون متمتعا بأهلية الأداء وهي أهلية التصرف والمعاملة بأن يكون بالغا عاقلاً وراشدا وغير محجوز عليه لسفه أو غفلة أو عته.

(1) الدكتور الحكيم – عبد المجيد ، **الوسيط في نظرية العقد**، شركة الطبع والنشر الأهليـــة، بغـــداد، ص 305، والدكتور أنور سلطان، مرجع سابق، ص 35.

المبحث الثاني

أركان الكفالة في الفقه الإسلامي

اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد أركان الكفالة حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن صيغة الكفالة تتركب من إيجاب يصدر من الكفيل، وقبول يصدر من المكفول له؛ فمصدر الكفالة هو العقد، ويترتب على ذلك أن الكفالة لا تتم بعبارة الكفيل وحده، سواء كانت الكفالة بالنفس أو بالمال، بل لا بد من قبول المكفول له. وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد، والظاهرية، والشيعة الأمامية. أما عند جمهور الفقهاء فالكفالة تتم بإيجاب من الكفيل وحده.

ومن ذلك يرى الطالب أن الفقهاء مختلفون في مصدر الكفالة هل هو العقد أم إرادة الكفيل وحده، إلا أنه يلزم لقيام الكفالة فضلاً عن الرضا توفر الأهلية، كما يجب أن تكون الإرادة في الكفالة سليمة من عيوب الإرادة.

وينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب هي:

1. المطلب الأول: الرضا.
2. المطلب الثاني: شرائط انعقاد الكفالة
3. المطلب الثالث: السبب.
4. المطلب الرابع: المحل
5. المطلب الخامس: المقارنة بين أركان الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول

الركن الأول (الرضـــــــا)

إن الرضا في حقيقته هو القصد , وهو أمر باطني ليس لنا من سبيل إليه إلا من خلال وسائل تعبر عنه, فإذا أراد شخص من الآخر شيئا عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه , فيترتب على تلك الإرادات أحكامها بواسطة الألفاظ , ولا تترتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل , أو قول , ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علما. فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية , أو الفعلية ترتب الحكم , هذه قاعدة الشريعة , وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته.

وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء وإنما اختلفوا في اعتبار الرضا ــ الإيجاب والقبول ــ ركنا من أركان الكفالة. فذهب البعض أن للكفالة ركناً واحداً وهو الصيغة فقط وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، والشيعة الإمامية؛ والظاهرية، لأن بها يتحقق عقد الكفالة أما ما سواها فإنما هي شروط للصحة لعدم دخولها في تكوني عقد الكفالة[1]. جاء في بدائع الصنائع: ((أما الركن فهو الإيجاب والقبول، الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب)).[2]

وعلى هذا يشترط في الصيغة الإيجاب والقبول، فالإيجاب هو ما صدر أولا عن أحد العاقدين، والقبول ما صدر عن العاقد الآخر، أي لا بد من الرضا، ولكن يشترط لارتباط الإيجاب بالقبول، على نحو معتبر يترتب عليه انعقاد العقد، جملة شروط:

1.موافقة القبول للإيجاب.

2.علم كل من الكفيل والمكفول له بما صدر من الآخر.

3.اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد.

4.وذهب المالكية والحنابلة, والشافعية, وأبو يوسف من الحنفية، والإباضية، وفي رأي للإمامية، إلى أن صيغة الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده, ولا تتوقف على قبول المكفول له; لأن الكفالة مجرد التزام من الكفيل بأداء الدين لا معاوضة فيه, بل هو تبرع ينشأ بعبارته وحده, فيكفي

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 2/6. العاملي، **الروضة البهية**، مصدر سابق، 119/4. الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، 2 / 89. ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، 6 / 396.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 2/6.

فيه إيجاب الكفيل(1). جاء في حاشية الصاوي: ((وجاز ضمان بغير إذن المضمون فلا يشترط إذنه))(2). وبهذا القول أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة 621 فهي تنص على أنه ((تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب من الكفيل فقط))(3). وعلى هذا تتم الكفالة بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس، ولا يشترط عند جمهور الفقهاء قبول المكفول له، ولا رضاه؛ لأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً، ومعنا الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل.

والذي يرجحه الطالب هو ما ذهب إليه الجمهور من انعقاد الكفالة بمجرد الإيجاب دون توقف على القبول من المكفول له، لأن الكفالة التزام من الكفيل بأداء ما التزم به، وهذا تصرف منه في خالص حقه، ومعنى الضم والالتزام يتحقق بإيجاب الكفيل.

وأما بالنسبة لرضا المكفول عنه فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط لصحة الكفالة رضا المكفول عنه أو إذنه, بل تصح مع كراهته لذلك، وحجتهم في ذلك حديث أبي قتادة السابق حيث أن النبي ﷺ أقر كفالة أبي قتادة رضي الله عنه دين الميت, والميت لا يتأتى منه رضاء ولا إذن; ولأن عقد الكفالة التزام المطالبة, وهذا الالتزام تصرف في حق نفسه, وفيه نفع للطالب, ولا ضرر فيه على المطلوب, لأن ضرره بثبوت الرجوع, ولا رجوع عليه; لأنه عند أمره, وعند أمره يكون قد رضي به؛ ولأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز, فالتزامه أولى.

ويترتب على ذلك أن الكفالة تصح إذا كان المكفول عنه صبيا أو مجنونا أو غائبا; لأن الحاجة إلى الكفالة تظهر غالبا في مثل هذه الأحوال(4).

معرفة المكفول له والمكفول عنه:

وأما بالنسبة لمعرفة المكفول عنه فقد ذهب الحنفية والراجح عند الزيدية، وفي قول للشافعية إلى اشتراط كون المكفول عنه معروفاً (أي معلوماً) عند الكفيل: فإن قال الكفيل: كفلت ما على أحد من الناس، لا تصح الكفالة؛ لأن الناس لم يتعارفوا ذلك، ولأن اشتراط هذا الشرط

---

(1) الكاساني، مصدر نفسه، 2/6. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، مصدر سابق، 301/3. ابن المرتضى، **البحر الزخار**، مصدر سابق، 73/6. ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، 397/6. العاملي، **الروضة البهية**، مصر سابق، 12/4.

(2) الصاوي، **بلغة السالك**، مصدر سابق، 434/3.

(3) حيدر، علي، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**،مكتبة النهضة ،بغداد،1 / 739.

(4) ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، 6 / 396 ــ 397. أحمد العنسي، **التاج المذهب**، مصدر سابق،4 / 141. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، مصدر سابق، 3 / 300، و 314. الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، 2 / 89، و 96. العبادي، محمد بن علي الحدادي ، **الجوهرة النيرة**، المطبعة الخيرية،1 / 313. القليوبي وعميرة، **حاشيتا القليوبي وعميرة**، مصدر سابق، 2 / 406. الخرشي، **شرح مختصر خليل**، مصدر سابق، 6 / 25.

إنما هو لأجل معرفة المكفول عنه: هل هو موسر وممن يبادر إلى قضاء دينه أو يستحق اصطناع المعروف أو لا. حيث جاء في تبيين الحقائق: ((ولو قال لرجل ما ذاب لك على أحد من النـــاس فهو علي فإنه لا يصح لجهالة المضمون عنه))(1). وجاء في التاج المــذهب: ((وصـــحيحها أن يضمن لذمة معلومة بما قد ثبت في ذمة معلومة يتميز كل واحد منهما باسمه ونسبه عن غيره , وإن لم يعرف شخصه نحو أن يقول : أنا ضامن لك أو لفلان الفلاني بالدين الذي قد ثبت في ذمة فلان الفلاني))(2).

وقال الشافعية في الأصح والحنابلة والمالكية والإمامية، وقول مرجوح للزيدية: لا يشترط معرفة المكفول عنه قياساً على رضاه، فإنه ليس بشرط، وأما اصطناع المعروف فهو معـــروف، سواء أكان لأهله أم لغير أهله، فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس؛ لأن الحاجة إلى الكفالة فـــي الغائب تظهر في مثل هذا الأحوال(3) حيث جاء في حاشية البجيرمي: ((ولا رضـــا المـــضمون عنه, وهو المدين و لا معرفته لجواز التبرع بأداء دين غيره بغير إذنه ومعرفته فيصح ضـــمان ميت لم يعرفه الضامن))(4). وجاء في مطالب أولي النهى: ((ولا يعتبر لـــصحة الـــضمان أن يعرفهما; أي: المضمون له والمكفول عنه ضامن; لأنه لا يعتبر رضاهما , فكذا معرفتهما))(5).

وهذا بالنسبة للمكفول عنه أما بالنسبة للمكفول له فقد ذهب الحنفية والشافعية في الأصح، والقاضي من الحنابلة، والزيدية إلى اشتراط معرفة المكفول له للكفيل: فلو كفل إنسان لأحد مـــن الناس، فلا تجوز الكفالة؛ لأنه إذا كان المكفول له مجهولاً لا يتحقق المقصود من الكفالـــة وهـــو التوثيق؛ لأن مستحقي الدين يتفاوتون عادة في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً(6) حيث جـــاء فـــي بدائع الصنائع: ((أن يكون معلوما حتى أنه إذا كفل لأحد من الناس لا تجوز لأن المكفول له إذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق))(7).

وذهب المالكية والحنابلة والإمامية ومقابل الأصح عند الشافعية إلى جواز الكفالـــة مـــع جهالة المكفول له ومثال ذلك أن يقول الكفيل: أنا كافل زيداً بالدين الذي عليه للناس. ويـــستدلون

---

(1)الزيلعي، عثمان بن علي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار المعرفة ، بيروت ــ لبنان، 4 / 152.

(2) أحمد العنسي، **التاج المذهب**، مصدر سابق، 4 / 146.

(3)الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، 5 / 40. العاملي، **الروضة البهية**، مصدر سابق،118/4

(4)البجيرمي، **حاشية البجيرمي** ، 3 / 27..

(5) الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، مصدر سابق، 3 / 300.

(6) زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**، مصدر سابق، 236/3. ابن المرتضى، **البحر الزخار**، مصدر سابق، 6 / 73.

(7) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 / 6.

بقوله تعالى: ((قالوا: نفقد صواع الملك، ولمن جاء به حمل بعير، وأنا بـــه زعـــيم))(1). لأن المنادي لم يكن مالكاً، وإنما كان نائباً عن يوسف عليه السلام، فشرط حمل البعير على يوســف عليه السلام لمن جاء بالصواع، وتحمل هو به عن يوسف عليه السلام(2).

والذي يرجحه الطالب هو القول باشتراط معرفة الكفيل للمكفول له والمكفول عنــه؛ لأن الكفيل لا بد وأن يعرف المكفول له، كي يتمكن من الوفاء له بمال التزم به، كما يجب على الكفيل أن يعرف المكفول عنه، كي يتمكن من الرجوع عليه بعد أدائه ما التزم به.

وللكفالة صيغ كثيرة مستعملة في العرف منها(3): كفيل، وضـــمين، وزعـــيم، وقبيـــل، وحميل، وصبير. غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الـــديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع. والزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل مصر، والكفيل لغة أهل العراق(4).

وإيجاب الكفيل يتحقق بكل لفظ يفهم منه التعهد والتزام والكفالة, صراحة أو ضمنا, كمـــا يتحقق بكل تعبير عن الإرادة يؤدي هذا المعنى.

انعقاد الكفالة باللفظ(5):

وهو الأصل في بيان مراد العاقدين في رغبتهما بإنشاء عقد الكفالة، واللفظ منه ما هـــو صريح في إرادة التعاقد، بحيث لا يحتاج إلى النية بل يكفي مجرد صدور اللفظ الدال على إرادة التعاقد في لزوم العقد. ومنه ما هو كنائي يحتمل إرادة التعاقد وغيرها، ولا يعتد بـــه إلا بنيـــة. واللفظ منه الصريح ومنه الكنائي:

فالصريح: هو لفظ الضمان، والكفالة، والزعامة، والغرامة، والقبالة، والحمالة: قال النبي

---

(1) **سورة يوسف**، آية 72.

(2) محمد بن عبد الله الأندلسي، **أحكام القرآن لابن العربي**، دار الكتب العلمية، 66/3. البهوتي، **كشاف القنـــاع**، مصدر سابق، 3 / 366. المواق، **التاج والإكليل**، مصدر سابق، 7 / 37. العاملي، **الروضـــة البهيـــة**، مـــصدر سابق، 114/4.

(3) الصاوي، **بلغة السالك**، مصدر سابق، 429/3. زكريا الأنصاري، **شرح البهجة**، مصدر ســـابق، 149/3 ــ 150. ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، 344/4.

(4) زكريا الأنصار، **شرح البهجة**، مصدر سابق، 149/3 ــ 150.

(5) الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، 4 /454. (5) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق 2/6. مالك بن أنس، **المدونة**، مصدر سابق، 98/4. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، مصدر سابق،3 /292. أطفيش، **شرح النيل**، مصدر سابق، 9 / 440. ابن المرتضى، **البحر الزخار**، مصدر سابق72/6. زكريا الأنصاري، **شـــرح البهجـــة**، مصدر سابق، 4 /119.

صلى الله عليه وسلم: ﴿ الزعيم غارم ﴾(1). وكقوله تعالى: ﴿ ... أو تأتي بالله والملائكة قبيلا﴾(2).

أما الكناية: وهي ما يفهم منها الكفالة بقرينة نحو: دين فلان إليَّ أو عندي. كما جاء في الحديث: ﴿ أَنَا أَوْلَى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ مِنْ نَفْسِهِ مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِأَهْلِهِ وَمَنْ تَرَكَ دَيْنًا أَوْ ضَيَاعًا فَإِلَيَّ وَعَلَيَّ ﴾(3).

ويفهم من ذلك بأن الكفالة تنعقد بكل لفظ دال على التزام وتعهد من الكفيل بأداء ما التزم به. وأما بالنسبة لقبول المكفول له لعقد الكفالة فيصح بكل لفظ دال عليه كقوله: قبلت أو رضيت ونحو ذلك.

جاء في البدائع : ((وأما القبول من الطالب فهو أن يقول: قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى))(4).

انعقاد الكفالة بالكتابة:

الكتابة هي الوسيلة الثانية للتعبير عن الإرادة، فالكتابة كالخطاب، كما يقول الفقهاء(5). جاء في نهاية المحتاج: ((إذ مثله الكتابة مع النية))(6). وأما الحنابلة فيشترطون في صحة الكتابة كون الأخرس له إشارة مفهمة، فإن لم تكن له إشارة مفهمة فلا تصح كفالته بالكتابة. جاء في كشاف القناع: ((ومن لا تفهم إشارته من أخرس لا يصح ضمانه .. ولو بالكتابة))(7). ومما تقدم يفهم أن الكفالة تنعقد بالكتابة التي يقصد بها الالتزام.

---

(1) سبق تخريجه:

(2) **سورة الإسراء**: أية 92.

(3)مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، دار الفكر، بيروت، 1400هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. ، 592/2، حديث رقم: (867).

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 / 3.

(5) عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، الطبعة الحادية عشر، 1410 هـ، 1989 م ، ص49.

(6) الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، 4 / 454.

(7) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 3 / 364.

انعقاد الكفالة بالإشارة المفهمة(1):

تنعقد الكفالة بإشارة الأخرس المفهمة سواء أكان خرسه أصلياً بأن ولد هكذا، أم كان طارئاً ووقع اليأس من كلامه حيث جاء في نهاية المحتاج: ((إذ مثله الكتابة مع النية وإشارة أخرس مفهمة))(2).

ومن ذلك يتبين للطالب أن الكفالة تنعقد بإشارة الأخرس إذا كانت مفهمة ــ أي تدل على إرادة الكفالة ــ؛ لأنها كاللفظ في الدلالة على المراد.

ويشترط الحنابلة لانعقاد الكفالة من الأخرس بالكتابة أن تدل القرينة على أنه يريد بالكتابة الكفالة ولا يقصد العبث. جاء في كشاف القناع: ((ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارة يفهم بها عن أنه قصد الضمان؛ لأنه قد يكتب عبثاً أو تجربة قلم))(3).

انعقاد الكفالة بالسكوت:

الأصل أن التعبير عن الإرادة يكون بشيء إيجابي من لفظ أو كتابة أو إشارة على النحو الذي بيناه، ولا يكون التعبير بشيء سلبي محض، ولكن السكوت في بعض الأحيان، يكون صالحا للتعبير عن الإرادة، إذا حفت به ظروف وملابسات خاصة، فينعقد عقد الكفالة بالسكوت في هذه الحالات، ويصح للتعبير عن إرادة القابل لا الموجب. ويؤيد ذلك ما جاء في القاعدة الفقهية: ((لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان)). ومثال ذلك سكوت المكفول له عند الكفالة بعد إيجاب الكفيل يعتبر قبولاً منه للكفالة وإن كان يرتد برده(4).

وبناء على ما تقدم نستطيع أن نلخص بما يلي:

أولاً: أن عقد الكفالة يضم ثلاثة أطراف بالنسبة للروابط ــ كفيل ومكفول له ومكفول عنه.

فالرابطة الأولى تكون بين الكفيل والمكفول عنه، وعلى هذا الأساس تعطى الكفالة لضمان الوفاء من المكفول عنه بدينه للمكفول له.

والرابطة الثانية تكون بين المكفول عنه والكفيل، وعلى ذلك تكون مسؤولية الكفيل قائمة في حالة عدم وفاء المكفول عنه بالتزامه.

والرابطة الثالثة تكون ما بين الكفيل والمكفول له، ومن خلالها نجد بأن الكفيل يرتبط مع

---

(1) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 3 / 364. (1) عليش، **منح الجليل**، مصدر سابق، 368/6. أطفيش، **شرح النيل**، مصدر سابق، 443/9. أحمد العنسي، **التاج المذهب**، مصدر سابق، 351/4.

(2) الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق،4 / 454.

(3) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 3/ 364.

(4) عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص251، بتصرف.

المكفول له بعقد الكفالة وهذا العقد صار بمناسبة علاقة المكفول عنه بالمكفول له وهـــي علاقـــة المديونية القائمة بينهما.

ثانيا: نجد بأن عقد الكفالة يضم طرفين فقط وهما المكفول له والكفيل، وأن المكفول عنه ليس طرفاً في عقد الكفالة.

ثالثاً: نجد كذلك بأن التزام الكفيل تجاه المكفول له، هو التزام ناشئ عن عقد أُبرِمَ بينهما فقط، وإن كان تابعاً للالتزام الأصلي بين المكفول عنه والمكفول له.

رابعاً: وجدنا كذلك بأن عقد الكفالة ينعقد رغم عدم رضا المكفول عنه وعلمه.

خامساً: نلاحظ بأن الكفالة تنعقد بتعبير صادر عن إرادة طرفي العقد عند أبـــي حنيفـــة ومحمد, والظاهرية، والشيعة الأمامية. وأما عند جمهور الفقهاء فالكفالة تتم بإيجاب من الكفيـــل وحده.

المطلب الثاني

شرائط انعقاد الكفـــــــــالة

سوف نبحث في هذا المطلب أهلية المكفول له والكفيل في عقد الكفالة، وكـــذلك تطـــابق الإيجاب والقبول، وخلو الرضا من العيوب ضمن ثلاثة شروط.

الشرط الأول: الأهلية:

وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات. وهي نوعـــان: أهليـــة أداء وأهلية وجوب. وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الأهلية في كل من المكفول له والمكفول عنه وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً: أهلية المكفول له (الدائن):

ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى اشتراط كون المكفول له بالغاً عاقلا : فـــلا يـــصح قبـــول المجنون والصبي غير المميز؛ لأن الكفالة تحتاج إلى إيجاب من الكفيل وقبول من المكفول لـــه، وهما ليسا أهلاً لصدور القبول عنهما باعتباره ركناً في الكفالة. جاء في بدائع الصنائع: ((وهـــو تفريع على مذهبهما، أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل لأنهما ليـــسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب ومن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الإيجاب له فلا يعتبر قبوله))(1).

وذهب المالكية والحنابلة وأبو يوسف إلى عدم اشتراط البلوغ والعقل في المكفول له؛ لأن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل دون حاجة إلى قبول المكفول له، فلا يلزم أن يكون أهـــلا للقبـــول. وعلى هذا يجوز قبول الصبي المميز والسفيه؛ لأن كفالة حقهما نفع محض, فلا يتوقف على إجازة وليهما.

ثانياً: أهلية الكفيل(2):

يشترط الفقهاء في الكفيل أن يكون عاقلاً غير مجنون لتصح مباشرته لعقد الكفالة، وإلا فلا تعتبر تصرفاته ولا قيمة لها. جاء في بدائع الصنائع: ((منها العقل .. فـــلا تنعقـــد كفالـــة المجنون))(3). وجاء في شرح البهجة: ((فخرج بذلك الصبي، والمجنون))(4).

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 / 7.

(2) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 3 /366. أطفيش، **شرح النيل**، مصدر سابق، 113/9. الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، 2 / 88. أحمد العنسي، **التاج المذهب**، مصدر سابق، 138/4.

(3) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 5/6.

(4) زكريا الأنصاري، **شرح البهجة**، مصدر سابق، 3 /150.

ونخلص من ذلك بأن الفقهاء متفقون على اشترط العقل في الكفيل؛ لأن عقد الكفالة عقد تبرع فلا ينعقد ممن ليس من أهل التبرع. وكذلك بالنسبة للبلوغ فلا بد في الكفيل من أن يكون بالغا لتصح مباشرته لعقد الكفالة، فلا تصح كفالة الصبي[1]. وجاء في كشاف القناع: ((ولا صبي ولو مميزا))[2]. وجاء في شرائع الإسلام: فلا يصح : ((ضمان الصبي))[3]. وعلى هذا فإن الفقهاء متفقون على اشتراط البلوغ في الكفيل؛ لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من الصبي. ولأنه ليس من أهل التبرع وعقد الكفالة عقد تبرع بالتزام المال فلا يصح إلا من أهله. ويعرف بالعلامات الطبيعية إن وجدت وإلا بتمام الخامسة عشرة من عمره عند جمهور الفقهاء، فيرى الشافعية(4) والحنابلة[5] والزيدية[6] وأبو يوسف ومحمد من الحنفية, وبرأيهما يفتى في المذهب الحنفي[7], أن البلوغ بالسن يكون بتمام خمس عشرة سنة قمرية للذكر والأنثى ــ تحديدية كما صرح الشافعية ــ. ويرى المالكية أن البلوغ يكون بتمام ثماني عشرة سنة, وقيل بالدخول فيها. وقد أورد الحطاب خمسة أقوال في المذهب, ففي رواية ثمانية عشر وقيل سبعة عشر, وزاد بعض شراح الرسالة ستة عشر, وتسعة عشر, وروى ابن وهب خمسة عشر[8]. ويرى أبو حنيفة أن بلوغ الغلام بالسن هو بلوغه ثماني عشرة سنة, والجارية سبع عشر سنة9. ويرى الإمامية أن سن البلوغ في الذكر هو بلوغه تمام الخامسة عشرة، وفي الأنثى تسع[10]. ويرى ابن حزم من الظاهرية أن سن البلوغ للذكر والأنثى هو بلوغهما تسع عشرة سنة تامة[11]. وذهبت مجلة الأحكام العدلية إلى تحديد مبدأ سن البلوغ في الذكر اثنتا عشرة سنة وفي المرأة تسع سنوات ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة[12].

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 5/6. زكريا الأنصاري، **شرح البهجة**، مصدر سابق، 3 /150. أطفيش، **شرح النيل**، مصدر سابق، 113/9. أحمد العنسي، **التاج المذهب**، مصدر سابق، 138/4.

(2) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 366/3.

(3) جعفر الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، 2 / 88.

(4) زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**، مصدر سابق، 2 / 206.

(5) علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، **الإنصاف**، دار إحياء التراث العربي، 320/5.

(6) أحمد العنسي، **التاج المذهب**، مصدر سابق، 1 / 71.

(7) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، 5 / 203

(8) الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، 5 / 59.

(9) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، 5 / 203.

(10) العاملي، **الروضة البهية**، مصدر سابق، 2 / 144.

(11) ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، 1/ 102.

(12) علي حيدر، **درر الحكام**، مصدر سابق، 2 / 706 مادة: (986).

وأما بالنسبة للرشد: وهو البصيرة المالية التي يكون بها الشخص حسن التصرف بالمال. وهو صلاح الدين والمال عند الشافعية خلافا للجمهور الذين يكتفون بصلاح المال. فلا تنعقد كفالة المحجور عليه بسفه لعدم رشده(1). جاء في حاشية الدسوقي:((وصح الضمان ولزم من أهل التبرع ولا يصح من سفيه))(2). وجاء في نهاية المحتاج:((وشرط الضامن ليصح ضمانه الرشد))(3). وليس للرشد سن معين، فقد يحصل مع البلوغ وقد يتأخر عنه، وقد يتقدم عليه ولكن لا اعتبار له قبل البلوغ، ويعرف عادة بالمعاملة والتجربة(4).

أما بالنسبة لكفالة المريض مرض الموت فحكمه حكم التبرع، لا يصح فيما يزيد عن ثلث ماله، وإلا توقف على إجازة الورثة، عند جمهور الفقهاء من الحنابلة والإمامية، والحنفية، والشافعية والمالكية(5) حيث جاء في كشاف القناع: ((وإن كان الضامن وقت الضمان مريضا مرض الموت المخوف حسب ما ضمنه من ثلثه; لأنه تبرع فهو كسائر تبرعاته وكالوصية وقياس المريض كذلك))(6). وجاء في المبسوط: ((وإذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه; لأن الكفالة تبرع وتبرعات المريض تصح من ثلثه إذا لم يكن عليه دين))(7).

ولم يجز المالكية خلافاً للجمهور كفالة المرأة ــ إذا كانت ذات زوج ــ في الديون إلا في حدود ثلث مالها كالمريض؛ لأنها محجورة عندهم عن التصرف فيما يزيد عن ثلث مالها، منعاً من الإضرار بالزوج، فإن زاد الدين عن ثلث مالها، لم يلزمها الكفالة، بل يتوقف على إجازة الزوج. وأما المرأة الأيم غير ذات الزوج فهي بمنزلة الرجل في الكفالة، فتصح كفالتها في المال وإن زادت عن ثلث مالها حيث جاء في حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ((وزوجة ومريض ضمنا بثلث: أي بقدر ثلث مالهما فيلزمهما فإن زاد على الثلث لم يلزمهما بل يتوقف على إجازة الوارث أو الزوج))(8).

---

(1) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 3 / 366. الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، 88/2.

(2)الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر بيروت، 330/3.

(3) الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، 4 / 433.

(4) عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص 264، بتصرف.

(5) الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، 93/2. زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**، مصدر سابق، 251/2. مالك بن أنس، **المدونة**، مصدر سابق، 116/4.

(6) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 3 / 363.

(7) السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، 127/20.

(8) أحمد الصاوي، **بلغة السالك**، مصدر سابق، 3/ 433.

ومن خلال استعراض ما سبق من أقوال الفقهاء بالنسبة لشرط الأهلية في العاقدان نستنتج ما يلي:

1. يشترط في عقد الكفالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع، أي أن يكون الكفيل عاقلاً، وبالغاً، وراشداً.

2. يرى الفقه الإسلامي بأن كفالة القاصر والمحجوز عليه غير جائزة، لأن الكفالة من أعمال التصرف والقاصر والمحجور عليه لا يملك أهلية التصرف.

3. كما يشترط أن يكون الكفيل غير المكفول، لذلك لا تصحّ كفالة الوكيل بالبيع للبائع عن المشتري بالثمن

4. بالنسبة لكفالة المريض مرض الموت فإن كفالته تصح حيث تطبق عليه عندئذ أحكام الوصية، فإذا كانت الكفالة في حدود ثلث ما تبقى من ماله بعد أداء الدين تكون صحيحة وإن زادت على ذلك صحّت في حدود الثلث وبطلت فيما يزيد عنه، وبناء عليه فإنه يشترط أن لا يكون الكفيل مريضاً مرض الموت ومدين بدين محيط بماله.

الشرط الثاني: تطابق الإيجاب والقبول:

تقدم في الركن الأول ــ الرضا ــ بأن أبا حنيفة ومحمدا يريان أن الكفالة لا تتم إلا بإيجاب وقبول, وأن قبول المكفول له ركن فيها، وهذا شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى هذا يشترط في عقد الكفالة كغيره من العقود تطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقد الجوهرية. وتقدم هناك أيضا أن المالكية والحنابلة وأبا يوسف وهو الأصح عند الشافعية يرون أن الكفالة تتم وتتحقق بإيجاب الكفيل وحده؛ لأن معنى الكفالة هو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل، فكان إيجابه صالحاً وحده لإتمام العقد. وعلى هذا فلا اعتبار لهذا الشرط عند أصحاب هذا المذهب.

الشرط الثالث: خلو الرضا من العيوب.

عرفنا مما تقدم بأن الإرادة هي الأساس في إنشاء العقود. والاعتماد فيها يرجع إلى ما يدل عليها ويظهرها من إيجاب وقبول اللذين يكونان صيغة العقد، وإنما كان التعويل على الإرادة الظاهرة في إنشاء عقد الكفالة لأنها تعبر عن الإرادة الباطنة وتكشفها، ولهذا وجب أن تكون مطابقة لها تماما حتى ينشأ العقد.

ولكن قد يكون في إرادة العاقد خلل يجعلها معيبة غير صالحة لتكوين عقد سليم، فينشأ العقد معيباً تترتب عليه آثاره. وهذه العيوب ترجع في الغالب إلى الإكراه، والغبن والتغرير ــ التدليس ــ، والغلط. ونتكلم عن كل واحد منها على حده:

أولاً: الإكراه: وهو حمل الغير، بغير حق، على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل – أي المكره – على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به[1]. ويشترط لتحقق الإكراه أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما أكره به، فإن كان غير قادر على إيقاع ما هدد به، وكان المُكرَه عالما بعدم قدرته، كان تهديده لغواً لا قيمة له. ويشترط كذلك أن يكون المكرَه خائفاً من هذا التهديد، بأن يعتقد أن المكره سيوقع ما هدده به عاجلاً يقيناً أو على غلبة الظن، وأن يفعل المكرَه ما أكره عليه تحت تأثير هذا الخوف. ويشترط كذلك أن يكون المكره يلحق به ضرر بالنفس بإتلافها أو بإتلاف عضو من المكرَه أو بما دون ذلك كالحبس والضرب. أما التهديد بإتلاف المال، إذا لم يكن يسيراً، فهو تهديد معتبر يتحقق به الإكراه عند فقهاء الشافعية والإمامية والزيدية والحنابلة وبعض فقهاء الحنفية. والتهديد بإلحاق الأذى بمن يهم المكرَه أمره يعتبر إكراها عند فقهاء الإمامية وهو كذلك إكراه عند الحنفية إذا وقع على الزوج أو قريب ذي رحم محرم، أو إذا وقع على الولد عند الحنابلة[2]. ويسمى هذا النوع من الإكراه بالإكراه الملجئ – التام –؛ لأنه يضطر المكره على مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو العضو أو المال.

وأما الإكراه بالضرب والحبس ونحو ذلك – أي بما دون النفس أو العضو أو المال – فيسمى هذا النوع بالإكراه غير الملجئ – الناقص –، وهو يختلف باختلاف الأشخاص. فيعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار لعدم الاضطرار على مباشرة ما أكره عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به بخلاف الإكراه الملجئ. كفالة المكرَه إذا ما توافرت شروط الإكراه – لا قيمة لها باتفاق الفقهاء في التصرفات المالية التي هي محض حق العباد، فإذا أكره شخص آخر على عقد الكفالة فلا تصح ولا تترتب عليها آثارها، وعند الحنفية إذا أجازها المكره بعد زوال الإكراه ترتبت علها آثارها[3]. ومن خلال ما تقدم نخلص إلى ما يلي:

1. إن الفرق بين الإكراه الملجئ – التام – والإكراه غير الملجئ – الناقص – بأن الأول يعدم الرضا ويفسد الاختيار وأن الثاني يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار.

2. إن الإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار فهو يؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية.

---

(1) وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية بالكويت، **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف الكويتية، 6 / 9.

(2) ، البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 236/5. زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**، مصدر سابق، 282/3 ، 283. الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 183/5، 185. أحمد العنسي، **التاج المذهب**، مصدر سابق،182/4. الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، 3 / 4.

(3) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 182/7 وما بعدها. أحمد العنسي، **التاج المذهب**، مصدر سابق، 182/4 ، 184. البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 5 / 236.

3. إن الفقهاء متفقون على أن الإكراه الملجئ، يفسد التصرفات المالية.

4. إن الإكراه الملجئ وغير الملجئ، يعتبر عيباً من عيوب الرضا، وبناء عليه من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد الكفالة يكون قابلاً للإبطال.

ثانيا: التدليس (التغرير).

التغرير أو التدليس: هو إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك. وهو أنواع كثيرة منها: التدليس الفعلي، والتدليس القولي، والتدليس بكتمان الحقيقة.

التدليس الفعلي: فهو إحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع، أي أنه تزوير الوصف في المعقود عليه أو تغييره بقصد الإيهام لحمله على التعاقد سواء كان هذا التغرير من المتعاقدين أو من غيرهما. مثل صبغ الثوب القديم ليظهر كأنه جديد، فيقدم المشتري على شرائه. وحكم هذا النوع عند الفقهاء هو التحريم، ويثبت فيه الخيار - خيار العيب - للمدلس عليه إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه.

وقال الحنفية: ليس للمدلس عليه حق فسخ العقد، بل له فقط أن يرجع بالنقصان الذي أصابه[1].

التدليس القولي: ويكون بالقول من العاقد أو غيره، إذا كان شأنه أن يغر العاقد الآخر ويحمله على التعاقد، فهو الكذب الصادر من أحد العاقدين أو من غيرهما حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن. ومن أمثلته قول البائع للمشتري أن غيره دفع في المبيع أكثر مما يدفعه وإنه مع هذا يؤثره بالبيع بهذا الثمن الأقل.

وحكم هذا النوع أنه منهي عنه شرعاً لأنه غش وخداع، ولكن لا يؤثر في العقد إلا إذا صحبه غبن فاحش لأحد المتعاقدين، فيجوز حينئذ للمغبون إبطال العقد دفعاً للضرر عنه. ولا يثبت الخيار بمجرد التدليس, بل يشترط ألا يعلم المدلس عليه بالعيب قبل العقد, فإن علم فلا خيار له لرضاه به, كما يشترط ألا يكون العيب ظاهرا, أو مما يسهل معرفته. ولا فرق في التدليس الموجب للخيار بين أن يصدر من أحد العاقدين، أو من شخص آخر أجنبي عنهما إذا كان بتواطؤ مع أحد العاقدين[2].

نستنتج مما سبق الحقائق التالية:

1. إن التدليس الصادر من غير المتعاقدين، يجعل من حق المدلس عليه أن يطلب إبطال

---

(1) ابن عابدين، **رد المحتار**، مصدر سابق، 4 / 566.

(2) ، عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص 296 ، 299. وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، مرجع سابق، 127/11،129.

العقد، ولكن بشرط أن لا يكون المدلس عليه يعلم بالتدليس أو كان من المفروض أن يعلم به.

2. إن التدليس الصادر من المكفول عنه يعطي الكفيل الحق في طلب إبطال العقد إذا كان المكفول له يعلم به أو كان من المفروض أن يعلم به، وإلا لا يجوز للكفيل أن يطلب إبطال العقد.

3. يشترط لتأثير التدليس على الرضا بالعيب أن يكون صادراً عن أحد المتعاقدين ومؤثراً في العاقد الآخر، أو صادراً من الغير ويعلمه المتعاقد الآخر أو من المفروض أن يعلمه، وبذلك يؤدي إلى إبطال العقد.

4. إن التدليس يقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول هو الفعلي: إحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع، أي أنه تزوير الوصف في المعقود عليه أو تغييره بقصد الإيهام لحمله على التعاقد، ومثال ذلك كمن يصبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد.

والثاني قولي: ويكون بالقول من العاقد أو غيره، إذا كان شأنه أن يغر العاقد الآخر ويحمله على التعاقد، كالتدليس في السعر ومثال ذلك أن يقول المكفول عنه أو المكفول له للكفيل أن أقل قيمة كفالة كذا ولن تجد أقل منها، فيكون كلامه منافياً للواقع، حيث استغله وغرر به ليستفيد من عدم خبرته بالكفالات، على حين أنه يستطيع أخذ كفالة بأقل منها بكثير.

والثالث بكتمان الحقيقة: وهو إخفاء عيب في أحد العوضين، كأن يكتم البائع عيباً في المبيع كتصدع جدران الدار، ومرض في الدابة.

ثالثاً:الغلط هو: حالة تقوم بالنفس تحمل توهم غير الواقع. والغلط في محل عقد إما أن يكون في جنسه وإما أن يكون في وصفه، فمن الأول أن يكفل المدين بدين نقدي فإذا هو عيني. أن يكفل الكفيل آخر ببدنه فإذا هي كفالة ببدن من عليه حد.

والغلط بنوعيه قد يكون باطنياً وقد يكون ظاهرياً. فالغلط الباطني ما كان قائماً في تصور العاقد واعتقاده، فيتوهم العاقد محل العقد على غير ماهيته أو على غير صفته، ولا يوجد في صيغة العقد ما يدل على توهمه هذا. وأما الغلط الظهري، فهو توهم يقوم في النفس ويرد في صيغة العقد ما يدل على ذلك. ولا خلاف بين الفقهاء في أن الغلط الباطن لا يؤثر في انعقاد العقد وصحته، لأن العبرة في العقود بالعبارة أو ما يقوم مقامها دون النوايا المستترة الخفية التي لا يدل عليها دليل. أما الغلط الظاهري، فإن كان في الجنس أبطل العقد.وأن كان في الوصف جعل العقد موقوفاً قابلاً للفسخ ممن قام فيه الغلط[1].

(1) عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص 297.

المطلب الثالث

الركن الثاني (السبب)

الأصل في الكفالة أنها عمل من أعمال التبرع، فلكي يكون التزام الكفيل صحيحاً لا بد من توفر أهلية التبرع، كما يجب أن يكون السبب الدافع للكفالة مشروعاً، فأما إذا كان السبب ــ الدافع ــ لالتزام الكفيل غير مشروع كان عقد الكفالة باطلاً بشرط علم الطرف الآخر به، حيث جاء في شرح الزرقاني: ((وبطل الضمان فلا يلزم الضامن شيء إن فسد متحمل به، كثمن مبيع فاسد كدراهم بدنانير لأجل، وكما إذا قال شخص لآخر: ادفع لهذا ديناراً في دينارين إلى شهر أو ادفع له دراهم في دينار إلى شهر وأنا حميل لك بذلك))[1].

وعلى هذا فإذا كان السبب ــ الدافع ــ على الكفالة غير مشروع كثمن بيع فاسد أو ربا فإن الكفالة تبطل بذلك، وعلى ذلك فلا تجوز في الكفالة أن يتقاضى الكفيل أجراً على كفالته، وإلا بطلت الكفالة حيث جاء في شرح الخرشي: ((وكذلك تبطل الحمالة إذا فسدت نفسها، كما إذا أخذ الضامن جعلاً من رب الدين أو من المدين أو من أجنبي، لأنه إذا غرم رجع بما غرمه مع زيادة الجعل وذلك لا يجوز؛ لأنه سلف بزيادة))[2]. وهذا إذا كان الأجر المبذول في الكفالة من المكفول له، وأما إذا كان الأجر من غير المكفول له فإن الفساد يقيد بما إذا علم المكفول له بذلك؛ وذلك لأن الأجر الذي يأخذه الكفيل على كفالته يعد زيادة، وبالتالي يأخذ حكم الربا.

ومما سبق يتبين أن الكفالة إذا كانت بأجر من المكفول له تكون غير صحيحة، أما إذا كان الأجر من المكفول عنه أو من غيرهما، فإذا كان المكفول له يعلم أن الكفيل قد تلقى أجرن من الأجنبي أو من المكفول عنه وقت نشوء الكفالة فهنا تكون الكفالة غير صحيحة، وأما إذا كان المكفول له لا يعلم بأن الكفيل قد تلقى أجراً من أجنبي أو من المكفول عنه، فهنا يسقط الأجر مع إلزام الكفيل بالكفالة مع مراعاة مصلحة المكفول له. واستطاعة العلم يستدل عليها بالقرائن كبيع الجارية لأهل الفساد[3].

وبناء على ما سبق نجد بأن الغرض المباشر ــ السبب ــ للكفيل هو نية التبرع، وهو دائماً غرض المشرع.

---

(1) الرهوني، **حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على متن خليل**، المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، 1306هـ، 6 / 32.

(2) الخرشي، **شرح على مختصر خليل**، مصدر سابق، 6 / 30.

(3) المصدر ذاته، 11/5.

فنلاحظ أن الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه يعتد بالسبب ــ الدافع ــ، ولكن يعبر عنه أحياناً بلفظ (النية أو بالقصد)، فإذا كان السبب ــ الدافع ــ للكفالة غير مشروع، كانت الكفالة بذلك باطلة، إلا أن يشترط في ذلك علم الطرف الآخر بسبب البطلان وقت نشوء الكفالة حيث جاء في منح الجليل: ((والبطلان مقيد بكون الجعل من رب الدين أو من غيره وعلم رب الدين وإلا لزمت الحمالة , ورد الجعل))[1].

ونجد كذلك بان لكن الفقه الإسلامي يختلف في درجة اتصال السبب ــ الدافع ــ غير المشروع بالطرف الآخر، حيث يشترط الشافعية أن تكون النية غير المشروعة ظاهرة صراحة في صيغة العقد وهذا ما نص عليه الإمام الشافعي في كتابه الأم: ((قال الشافعي رحمه الله تعالى: أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع))[2].

فمذهب الحنفية يرى بطلان التصرف إذا كانت النية غير مشروعة سواء كانت ظاهرة صراحة أو ضمناً، حيث جاء في شرح الدر المختار: ((ولا تصح إجارة الدابة لأجل أن يربطها على باب داره ليراها الناس))[3].

في حين يشترط فقهاء المالكية أن يكون الطرف الآخر على علم بالسبب ــ الدافع ــ غير المشروع أو في استطاعته العلم به، ويدل على ذلك ما جاء في شرح الخرشي: ((ويلحق بمنع بيعه للكافر، بيع آلة الحرب للحربي، والدار لمن يتخذها كنيسة .. وكل شيء يعلم أن المشتري قصد بشرائه أمراً لا يجوز، كبيع الجارية لأهل الفساد))[4].

ويتفق الحنابلة مع المالكية في ذلك[5].

ومما تقدم يرى الطالب أن عقد الكفالة يقاس على عقد البيع، فإذا كان السبب ــ الدافع ــ للكفالة غير مشروع كان العقد باطلاً ولكن بشرط أن يتصل البطلان بالعاقد الآخر.

---

(1) عليش، **منح الجليل**، مصدر سابق، 6 / 229.

(2)محمد بن إدريس الشافعي، **الأم**، دار المعرفة، 3 / 75.

(3)الحصفكي، محمد علاء الدين، **شرح الدر المختار**، مطبعة الواعظ ، 2 / 497.

(4) الخرشي، **شرح مختصر خليل**، مصدر سابق، 5 / 10 ــ 11.

(5) ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، 4 / 154 ــ 155.

المطلب الرابع

الركن الرابع (المحل)

عرفنا فيما سبق بأن الكفالة هي: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه، وعلى هذا يلزم الكفيل بالمطالبة التي لزمت المكفول عنه، فالتزام الكفيل هو مطالبته من قبل المكفول له، بتنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتق المكفول عنه، لأن أصل الدين بعد الكفالة إنما هو على الأصيل، وموجب الكفالة زيادة الحق للطالب في المطالبة[1].

وشروط محل الكفالة في الفقه الإسلامي هي[2]:

1. أن يكون محل التزام الكفيل ممكناً.
2. أن يكون محل التزام الكفيل معينا تعييناً نافياً للجهالة.
3. أن يكون محل التزام الكفيل متقوماً أي مشروعاً.

وهذا الشرط لا مجال للبحث فيه والسبب في ذلك لأنه يتحقق دائماً إذا تحقق الشرطان السابق ذكرهما، وذلك لأن كفالة تنفيذ التزام الغير عمل مشروع في ذاته.

الشرط الأول: أن يكون محل التزام الكفيل ممكناً:

ومحل التزام الكفيل هو ما وقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه. وهو في الكفالة المعبر عنه بالمكفول به ــ الحق الملتزم به لصاحب الحق ــ، وهذا الحق إما أن يكون عيناً، أو ديناً، أو نفساً، أو فعلاً.

فالعين المضمونة كالمغصوب، والمقبوض بالبيع الفاسد.

والدين هو الدين الثابت أو ما يؤول إلى الثبات.

والنفس: هو كفالة إحضار من عليه حق مالي عند الطلب.

وأما الفعل فالمقصود به: كفالة فعل التسليم كتسليم المبيع والرهن.

ويشترط في المكفول به الشروط التالية:

1. أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل.
2. أن يكون المكفول به مقدرو الاستيفاء على الكفيل.

أولاً: أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل:

يشترط الفقهاء في المكفول به إذا كان ديناً في ذمة المكفول عنه ليصلح أن يكون محلا

(1) السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، 20 / 29.

(2) السنهوري، **مصادر الحق**، مرجع سابق، 3 / 6. باختصار.

للعقد أن يكون هذا الدين دينا صحيحا, وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

ويشترط كذلك أن يكون المكفول به واجبا أو ما يؤول إلى الوجوب حين العقد. ويشترط الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية والشافعية في القديم أن يكون المكفول به واجباً في ذمة المكفول عنه ــ أي ديناً لازماً في الحال ــ أو ما يؤول إلى اللزوم في المستقبل كقول قائل لآخر: أقرض فلاناً، وأنا كافل بما ستقرضه إياه، فهو جائز عند الجمهور[1] ويدل على ذلك ما جاء في شرح مختصر خليل للخرشي: ((أما الكتابة فلا يصح الضمان بها لأنها ليست بدين لازم ولا تئول إلى اللزوم لأن المكاتب لو عجز صار رقا))[2]. إلاّ أن الراجح عند الشافعية، والظاهرية عدم الجواز فلا يصح عندهم كفالة ما لم يجب؛ لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين, والدين قبل ثبوته لا تشغل به ذمة, فلا يتحقق معنى الكفالة حيث جاء في حاشيتا قليوبي وعميرة: ((ويشترط في المضمون وهو الدين كونه ثابتا فلا يصح الضمان قبل ثبوته ; لأنه وثيقة له فلا يسبقه كالشهادة وهذا في الجديد , وصححه في القديم ضمان ما سيجب))[3]. وجاء في المحلى: ((ولا يجوز ضمان مال لم يجب بعد , كمن قال لآخر : أنا أضمن لك ما تستقرضه من فلان))[4]. وأما إذا كان المكفول به عيناً فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والحنابلة، والراجح عند الشافعية، إلى جوار كفالتها، وأما المالكية فيرون أنه لا تصح الكفالة في أي عين من الأعيان سواء كانت مضمونة على من هي في يده كالمبيع، أو كانت أمانة كالعارية والوديعة ونحوها. جاء في مختصر الخرشي ((فلا يصح ضمان معين كمن باع سلعة معينة على أنها إن هلكت قبل القبض كان عليه عينها، وكذا إن باع على أنها إن استحقت لزمه عينها))[5].

أما ما يشترط في العين ــ المضمونة ــ المكفول بها أن تكون مضمونة بنفسها كالمغصوب، والمقبوض بالبيع الفاسد، والمقبوض على سوم الشراء[6] حيث جاء في تبيين الحقائق: ((والكفالة بالمال نوعان: كفالة بالديون فتجوز مطلقاً إذا كانت صحيحة، وكفالة بالأعيان وهي نوعان: كفالة بأعيان مضمونة فتصح الكفالة بها، وذلك كالمغصوب والمهور ونحو ذلك،

(1) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 371/3. أحمد العنيسي، **التاج المذهب**، مصدر سابق، 146/4. الهنلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، 90/2.

(2) الخرشي، **شرح مختصر خليل**، مصدر سابق، 6 / 24.

(3) قليوبي وعميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة**، مصدر سابق، 2 / 406.

(4) ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، 6 / 405.

(5) الخرشي، **شرح مختصر خليل**، مصدر سابق، 6/ 24.

(6) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 3 / 370.

وكفالة بأعيان هي أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلا، وكفالة بأعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة، أو بعين مضمونة بغيره كالمبيع فإن الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح))[1]. وعلى هذا لا تصح الكفالة بأداء ثمن العين المضمونة بغيرها، والعين التي هي أمانة سواء كانت واجبة التسليم أم لا؛ لأن العين التي هي أمانة ليست بمضمونة، ولأن المضمون بغيره ليس بمضمون بنفسه. فإذا هلك المبيع قبل القبض لا يجب على البائع شيء، ولكن يسقط الثمن عن المشتري، وإذا هلك الرهن لا يجب على البائع شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره.

وهذا رأي جمهور الفقهاء، وأحد قولي الشافعي الراجح في المذهب؛ لأن الأعيان المضمونة مضمونة على من هي في يده، فيصح كفالتها كالحقوق الثابتة في الذمة.

أما القول الآخر للشافعي فلا تصح كفالة الأعيان؛ لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة، والقول الأول هو الراجح لأن الكفالة في الحقيقة إنما هو كفالة استنقاذها وردها، والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها، وهذا مما يصح كفالته كعهدة المبيع، فإن كفلها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً.

وظاهر كلام الإمام أحمد صحة كفالة الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة الشركة والمضاربة والعين التي يدفعها إلى القصار والخياط إن صارت مضمونة على صحابها إن تعدى فيها.

وتصح الكفالة بتسليم الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض، والرهن، والأعيان التي هي أمانة واجبة التسليم كالعارية، والمستأجر في يد الأجير، ولا تصح كفالة العين التي هي أمانة غير واجبة التسليم مطلقاً عند الحنفية كالودائع ومال الشركات. فيلزم الكفيل بتسليمه ما دام قائماً فإذا هلك سقطت الكفالة، ولم يلزم الكفيل بشيء؛ لأنه إذا هلك هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به، فالبيع مضمون بالثمن، فإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري. فلا محل لمطالبة الكفيل بشيء بعد سقوط مطالبة الأصيل. وأما بالنسبة للأعيان التي هي أمانة واجبة التسليم فإذا هلكت لم يلزم الكفيل بشيء أيضاً؛ لأنه يهلك مجاناً لكونه أمانة[2].

ويجوز أن يكون التزام الكفيل محلا لكفالة أخرى(3)، فقد جاء في منح الجليل: ((وصح

(1) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، 4/ 147.

(2) ابن عابدين، **رد المحتار**، مصدر سابق، 301/5. الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 7/6.

(3) الشافعي، **الأم**، مصدر سابق، 235/3. ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، 406/6. أطفيش، **شرح النيل**، مصدر سابق، 449/9. أحمد العنسي، **التاج المذهب**، مصدر سابق، 361/4. المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، 218/5. الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، 2 / 98.

كفالة الضامن وإن تكرر، بأن ضمن الضامن ضامن وضمن ضامن الضامن ضامن ثالث وضمن الثالث ضامن رابع وضمن الرابع خامس وهكذا))(1). وجاء في فتح القدير: ((من أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر بنفسه جاز وهما كفيلان بالنفس لأن موجبه التزام المطالبة وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق))(2).

ثانياً: أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل.

وذلك لأن الغرض من التعاقد هو وصول كل عاقد إلى ما يترتب على العقد، أي تسلم محله، فيشترط أن يكون المحل مقدوراً على تسليمه من قبل الملتزم بالتسليم وقت التعاقد لأن الأصل في العقود ترتب آثارها بعد انعقادها(3). وعلى هذا فتصح كفالة الدين، لأنه مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل.

الشرط الثاني: أن يكون محل التزام الكفيل معيناً أو قابلاً للتعيين.

لا يشترط في الكفالة بالمال عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية، والشافعي في القديم أن يكون الدين معلوم القدر والصفة والعين، فتصح الكفالة بمعلوم كقوله: تكفلت عنه بألف، أو المجهول كقول: تكفلت عنه بمالك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع من الكفالة؛ لأن الكفالة عقد تبرع مبناه على التوسع، فيحتمل فيها الجهالة بعكس البيع، غير أن الحنابلة يشترطون لصحة الكفالة بدين مجهول أن يكون مآله إلى العلم بمقداره, كأن يقول الكفيل: كفلت لك بمالك قبل فلان, ولا يعلم مقدار ذلك. ومذهب الشافعي الجديد: أنه ينبغي أن يكون المكفول به معلوماً جنساً وقدراً وصفة وعيناً؛ لأن الكفالة التزام دين في الذمة, والتزام المجهول غرر ينهى عنه الشارع, فوجب أن يكون الدين معلوما حتى يكون الكفيل على بينة من أمره ومن قدرته على الوفاء بما التزم به(4)، ويرى الطالب هنا أنه لا بد من بحث موضوع الكفالة المطلقة والمقيدة.

---

(1) عليش، **منح الجليل**، مصدر سابق، 6 / 202.

(2) ابن الهمام، **فتح القدير**، مصدر سابق، 7 / 180 — 181.

(3) عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص 260.

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 9/6. البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 367/3. الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، 101/5. الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، 90/2. الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، 442/4.

أولا الكفالة المطلقة:

وهي التي تأتي مطلقة دون قيد التأجيل أو التعجيل أو التقسيط. ومثالها: أن يقول شخص، أنا كفيل بدينك على فلان، ونحو ذلك دون تقييد بوقت.

يرى الفقهاء أن إطلاق الكفالة صحيح، لكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل تكون الكفالة في هذه الحالة ــ عند الإطلاق ــ حالة، أو يأخذ الكفيل حكم الأصيل في الحلول والتأجيل، فيه خلاف بين الفقهاء:

فيرى الحنفية أن الكفالة إذا كانت مطلقة فإن الكفيل يأخذ منزلة الأصيل في صفة الدين من الحلول والتأجيل. فإن كان الدين حالاً كانت الكفالة حالة وإن كان مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة؛ والسبب في ذلك أن الكفيل تابع للمدين الأصلي في الكفالة فيأخذ حكمه ويدل على ذلك ما جاء في بدائع الصنائع: ((فإن كان مطلقا فلا شك في جوازه إذا استجمع شرائط الجواز غير أنه إن كان الدين على الأصيل حالاً كانت الكفالة حالة، وإن كان الدين عليه مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة؛ لأن الكفالة بمضمون على الأصيل فتتقيد بصفة المضمون))(1). وكذلك ما جاء في درر الحكام: ((وإن كان مقسطاً على الأصيل ففي حق الكفيل يثبت مقسطاً، وفي هذا قد تبع الفرع الأصل))(2). وأما الشافعية والحنابلة فيرون أن الكفالة إذا أطلقت كانت حالة(3) حيث جاء في الكشاف: ((وإن وقعت الكفالة مطلقة بأن لم يعين موضعاً لتسليمه وجب تسليمه مكان العقد كالسلم، وبرئ الكفيل؛ لأنه عقد على عمل فبرئ منه بالعمل المعقود عليه كإجارة))(4). وذلك لأن الحنابلة يرون أن كل عقد يدخله الحلول فإن إطلاقه يقتضي الحلول كالثمن والكفالة.

وبدراسة ما سبق نجد بأن الحنفية يرون أن الكفيل يأخذ منزلة الأصيل عند إطلاق الكفالة، أما الشافعية والحنابلة فيرون أن إطلاق الكفالة يجعلها حالة.

ويرى الطالب أن الراجح هو أن الكفيل يأخذ حكم الأصيل؛ لأنه بمنزلته فيكون تابعا له في الحلول والتأجيل. كما أن الكفالة تختلف عن البيع؛ لأن الكفالة من عقود التبرع وإلزامه بالحلول فيه زيادة على ما في عقد الكفالة، فيبقى الدين على حاله كما كان على الأصيل.

ثانياً: الكفالة المقيدة:

وهي التي يقترن بها شرط، كما لو قال الكفيل للدائن: أنا كفيل بدينك على فلان ــ المكفول عنه ــ بشرط أن تبرئني من كفالتي بدينك على فلان، وكقوله: إذا استحق المبيع فأنا

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 / 3 .

(2) علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مرجع سابق، 1/ 810.

(3)المطيعي، محمد نجيب ، **تكملة المجموع شرح المهذب**، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، 48/14.

(4) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 3 / 378.

كافل لك. فإن قيد الكفالة بشرط, فقد تصح الكفالة والشرط, وقد تصح الكفالة ويلغى الشرط، وقد تلغى الكفالة والشرط. وقد اختلف الفقهاء في التفريق بين أنواع الشروط السابقة وأثر كل منها على الكفالة على النحو التالي:

حيث يرى الحنفية أن الشروط التي تشترط في العقود ثلاثة أنواع:

1. شروط صحيحة: وهي ما كانت موافقة لمقتضى العقد أو ملائمة له أو كانت مخالفة له لكن دل دليل شرعي على جوازها من نص أو قياس أو عرف، وإذا اشترط في الكفالة شرط من ذلك وجب الوفاء به؛ لأنه مما تم التعاقد عليه بين العاقدين على أنه جزء من العقد فيلزم بلزوم العقد. وذلك كقول الكفيل: إذا استحق المبيع فأنا كافل لك ثمنه، أو إذا قدم زيد فأنا كفيل لك بالمال.

2.الشروط فاسدة: وهي ما كانت مخالفة لمقتضى العقد ولم يدل دليل شرعي على جوازها، وكان فيها فائدة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما ممن هو أهل للاستحقاق، وذلك كقول الكفيل: أنا كفيل لك بمالك على زيد إلى أن يجيء المطر أو إلى أن تهب الريح، فإن الشرط هنا فاسد، وقد اختلف الحنفية في الكفالة إذا علقت بهذا الشرط الفاسد.

فمنهم من ذهب إلى أن الكفالة صحيحة وتقع حالة ويبطل الشرط لأن الكفالة مشروعة بأصلها لكن اعتراها وصف زائد وبإزالته تصح الكفالة. وذهب البعض الآخر إلى أن الكفالة باطلة إذا اقترنت بالشرط الفاسد(1).

3.الشروط باطلة: وهي التي تكون مخالفة لمقتضى العقد من غير أن يدل دليل شرعي على جوازها وصحتها. وتختلف عن الشروط الفاسدة في أنها ليست فيها فائدة لأحد من أهل الاستحقاق. وحكمها أن يلغى الشرط وحده ويصح العقد بدونها سواء كانت معاوضة أو تبرعاً. كقول الكفيل: أنا كفيل بمالك على زيد بشرط أن تدفع لي مبلغ كذا(2).

ويرى الشافعية أن الشروط في الكفالة تنقسم إلى قسمين:

1. الشروط الصحيحة: وهي ما وافقت مقتضى العقد، وكان من مصلحة العقد اشتراطها، وذلك كما لو كفل وشرط تأخير الإحضار شهراً فإنه يجوز.

2. الشروط غير الصحيحة ــ الفاسدة ــ: هي كل شرط خالف مقتضى العقد فإنه يبطل العقد بها، وذلك كشرط الخيار للكفيل فهو يخالف مقتضى الكفالة فيبطل العقد والشرط معاً. ومن

---

(1) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، مصدر سابق، 7 / 185.

(2) المصدر ذاته، 7 / 185. الخفيف، علي، **الضمان في الفقه الإسلامي**، معهد البحوث والدراسات العربية 1971م، ص 42.

ذلك أيضاً الكفالة بشرط إعطاء مال لا يحسب من الدين، أو بشرط إبراء الكفيل(1).

وأما الحنابلة فيرون أن الشروط قسمان هما:

أولهما: شروط صحيحة: وهي ثلاثة أنواع:

1. شرط يوافق مقتضى العقد: كما لو كفل بإنسان على أنه إن جاء وإلا فهو كفيل بزيد فإنها تصح الكفالة به

2. شرط من مصلحة العقد: كاشتراط كفيل معين وقتاً لذلك كقوله: إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهراً فإنها صحيحة.

3. شرط منفعة مباحة معلومة: كشرط البائع للدار سكناها شهراً.

ثانيهما: شروط فاسدة وهي ثلاثة أنواع:

1. أن يشترط أحد العاقدين على صاحبه عقداً آخر، كقول الكفيل: كفلت ببدن فلان على أن تبرئني من فلان، أو كفل على أن يبيعه المكفول به شيئاً عينه الكفيل، أو شرط الكفيل أن يكفل المكفول له أو المكفول به بآخر، أو يكفل ديناً عليه فهذا يبطل العقد؛ لأنه شرط فسخ العقد في عقد آخر.

2. أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد، كما لو أشترط الكفيل على المكفول عنه أن يعطيه أجراً على كفالته له؛ لأن مقتضى الكفالة التبرع تقرباً إلى الله وابتغاء للأجر من عنده، واشتراط الأجر على الكفالة من المكفول عنه يخالف هذا المقتضى ويفسد العقد، كذلك شرط الخيار للكفيل يفسد الشرط والعقد معاً؛ لأنه يخالف مقتضى العقد، لأن مقتضى عقد الكفالة أنه شرع للتوثق والخيار ينافي معنا التوثق.

3. أن يشترط شرطاً يعلق العقد عليه كقول الكفيل: كفلته إلى مجيء المطر وهبوب الريح فلا يصح لأنه ليس فيه وقت يستحق المطالبة فيه. وإذا شرط شرطاً علق العقد عليه وهو فاسد فلا يصح؛ لأنه يخالف مقتضى العقد(2).

وأما الشيعة الزيدية فيرون أن صحة الكفالة إذا اقترنت بالشروط وإن كانت هذه الشروط فاسدة غير أنها إذا اقترنت بشرط فاسد فإن الشرط يبطل ويصح العقد حيث جاء في البحر

---

(1) الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، 4 / 457.

(2) البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، 3 / 188 ــ 195. ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، 360/4.

الزخار: ((ويصح ضمان المجهول ووقوفه على الشرط بمجهول نحو: أنا ضامن كذا إلى هبوب الريح ويلغو التأجيل ويعتبر حالاً، فغن تعليق بـه غـرض كالـدياس وورود القافلـة صـحت وتقيدت))(1).

وأما الشيعة الإمامية فيرون بطلان الكفالة إذا علقت بالشروط الفاسده حيث جاء في اللمعة الدمشقية: ((ولو علق الكفالة بشرط متوقع أو صفة مترقبة بطلت الكفالة، وكذا الضمان كغيرهـا من العقود اللازمة))(2).

وبدراسة أقوال الفقهاء في الكفالة المشروطة يتبين للطالب أن الفقهاء متفقـون علـى أن الشرط إذا وافق مقتضى العقد أو كان من مصلحته فإنه يعتبر شرطا صحيحا، وكذلك الحال فيما إذا كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد إلا إنه دل الدليل الشرعي على صحته.

وأما بالنسبة للشروط الفاسدة فقد اتفق الفقهاء على أنها كل شرط خالف مقتضى العقد ولا يوجد دليل شرعي يدل على جواز الشرط وصحته.

وأما بالنسبة لحكم الكفالة المقترنة بالشرط الفاسد فإن بعض الحنفية والشافعية والحنابلـة يرون بطلان الكفالة والشرط معاً إلا أن الشافعية والحنابلة قد استثنوا من ذلك الكفالـة المقترنـة بشرط فاسد دل الدليل الشرعي على صحته.

في حين أن بعض الحنفية والمالكية والشيعة الزيدية يرون أن الشروط فاسـدة والعقـد صحيح.

وأما إذا اقترن بالكفالة شرط باطل فإن الحنفية يرون أن الكفالة صحيحة والشرط غيـر معتبر فيها.

وبناءً على ما تقدم يرى الطالب أن الراجح من ذلك أنه إذا اقترنـت الـشروط الباطلـة والفاسدة في عقد الكفالة فإن الكفالة تكون باطلة إلا ما ورد استثناؤه بدليل شرعي، ذلك أنها تؤدي إلى التنازع والاختلاف، فلا يمكن تصحيح الكفالة وإبطال الشروط وإنما تبطل الشروط والكفالـة معاً.

وأما الكفالة المؤجلة وهي التي يطالب فيها الكفيل بالالتزام بما كفل به مؤجلاً، كأن يكون على شخص مبلغ من المال لشخص آخر وهو حال فيكفل الكفيل الوفاء به مؤجلاً، فيرى الحنفية جواز تأجيل الكفالة بشرط أن يكون التأجيل إلى وقت معلوم، كأن يكفل إلى شهر أو سنة، ويجوز أن يطلب الكفيل أجلاً أنقص أو أزيد، لأن المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهم بتأخير حقه.

---

(1) ابن المرتضى، **البحر الزخار**، مصدر سابق، 76/6.

(2) العاملي، **اللمعة الدمشقية**، مصدر سابق، 155/4.

وإذا كانت الكفالة حالة وطلب الكفيل التأجيل ووافق عليه المكفول له فإن الكفالة صحيحة ويكون التأجيل في حقهما جميعاً، وروي عن محمد أنها خاصة للكفيل، وإذا كان التأجيل إلى وقت مجهول فله حالتان:

1. أن يكون الأجل غير متعارف كمجيء المطر وهبوب الريح، فأجل باطل والكفالة صحيحة؛ لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة.

2. أن يكون الأجل متعارفاً عند الناس كالحصاد والدياس ونحوها فهذا جائز؛ لأن الجهالة يسيرة فتغتفر، لأن جهالة التقديم والتأخير لا تفضي إلى المنازعة، لأنه يتسامح في الكفالة ما لا يتسامح في غيرها لإمكان الاستيفاء من جهة الأصيل بخلاف البيع.

وإذا كان الدين على الأصيل مؤجلاً إلى سنة أو مطلقاً ثم مات الأصيل قبل حلول الأجل فإن الدين يحل في ماله أما الكفيل فيبقى إلى أجله. وكذلك عند موت الكفيل قبل الأجل فإن المكفول به يحل في ماله ويبقى الأصيل إلى الأجل؛ لأن المبطل وجد في حق أحدهما دون الآخر(1).

ويرى المالكية في ذلك أنه يجوز كفالة الحال مؤجلاً كأن يقول الكفيل للمكفول له بدين حال: أجل مدينك شهراً وأنا أكفله لك فيصح لكن بشرطين هما:

1. أن يكون المكفول عنه موسراً بالدين الحال حتى ولو كان ذلك في أول الأجل.

2. أن يكون المكفول عنه معسراً بالدين الحال، ويستمر إعساره إلى انقضاء الأجل وعند وجود أي من الشرطين تصح الكفالة. وهذا إذا كان الإعسار أو اليسار في الجميع. لكن قد يكون المدين معسراً في بعض الأجل كأن يضمنه إلى أربعة أشهر وعادته اليسار بعد شهرين كأصحاب الغلات والوظائف، وهذا لا يصح التأخير فيه. وأما إذا كان الدين كله حالاً والغريم موسر ببعضه معسر بالبعض الآخر صحت كفالته مؤجلاً بأحدهما لا بالجميع(2). ويجوز كفالة المؤجل لأجل أبعد منه حيث جاء في حاشية الدسوقي: ((ولأبعد ممتنع كما في المدونة لأنه سلف جر منفعة))(3).

وأما الشافعية فيرون أنه يجوز كفالة الدين الحال مؤجلاً ويكون معجلاً على المكفول مؤجلاً على الكفيل. وتجوز الكفالة إذا كان الدين مؤجلاً إلى شهر فكفله الكفيل إلى سنة(4).

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 6 / 3.

(2) الخرشي، **شرح الخرشي على مختصر خليل**، مصدر سابق، 6 / 24.

(3) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، 3 / 331.

(4) الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، 4 / 458.

ومذهب الحنابلة أنه يجوز كفالة الدين الحال مؤجلا؛ لأن المكفول مال لزم مؤجلا بعقد فكان كما التزمه كالثمن المؤجل. ويجيز الحنابلة كفالة المؤجل إلى أجل أكثر من أجله على المكفول(1).

ويرون كذلك أنه لا يحل دين مؤجل بموت مكفول عنه ولا بموت الكفيل إن وثق الورثة المكفول له برهن أو كفيل مليء وإلا حل الدين فيطالبون به في الحال، وإن عجل الكفيل المؤجل بغير إذن المكفول عنه لم يرجع عليه حتى يحل الدين، لأن كفالته لا تغيره عن تأجيله وإلا رجع عليه(2).

ويتضح للطالب مما سبق بأن الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه يجوز كفالة الدين الحال مؤجلا بشرط أن يكون التأجيل معلوم الوقت. إلا إن الحنفية والحنابلة لا يشترطون ذلك في كفالة الدين الحال مؤجلاً لذا أجازوا أن يكون الأجل مجهول الوقت إذا كان متعارفاً عند الناس كالحصاد والدياس ونحوها. بينما يشترط المالكية لجواز ذلك شرطين وهما: أن يكون المكفول عنه موسراً بالدين الحال وأن يكون المكفول عنه معسراً بالدين الحال، ويستمر إعساره إلى انقضاء الأجل.

كما نجد بأن الحنفية والشافعية والحنابلة يجيزون كفالة الدين المؤجل لأجل أبعد من أجله المحدد، في حين أن المالكية لا يجزون ذلك خوفاً من أن يكون سلفا جر منفعة.

ويذهب جمهور الحنفية إلى أن التأجيل يكون في حق الكفيل والمدين معاً بينما يرى الشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية بأن التأجيل يكون في حق الكفيل وحده.

ويتضح للطالب كذلك بأن الحنفية يرون أنه إذا مات المدين أو الكفيل قبل حلول الأجل فإن الدين المكفول به يحل في مال الميت منهما دون الآخر، ويبقى في حق الحي منهما إلى أجله، إلا إن الحنابلة يرون أن الدين لا يحل على الميت منهما إذا وثق الورثة الدائن برهن أو كفيل مليء وإلا فإن الدين يكون حال في حق الميت منهما.

وما ذهب إليه الحنابلة في بقاء الأجل على حاله إذا وثق برهن أو كفيل هو ما نؤيده، وذلك لأن فيه مصلحة للدائن ومن عليه الدين ولا ضرر يترتب على ذلك ما دام التوثيق للدين موجودا بكفالة أو رهن.

---

(1) الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، مصدر سابق، 3 / 312.

(2) ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، 4 / 360.

المطلب الخامس

المقارنة بين أركان الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

1. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأن الكفالة تضم ثلاثة أطراف بالنسبة للروابط وهم: الكفيل والمكفول له والمكفول عنه.

2. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأن عقد الكفالة يضم طرفين فقط وهما: الكفيل والمكفول له، وأن المكفول عنه ليس طرفاً في العقد.

3. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأن التزام الكفيل ناشئ عن عقد أبرم بين الكفيل والمكفول له، وإن كان تابعاً للالتزام الأصلي بين المكفول عنه والمكفول له.

4. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأن عقد الكفالة ينعقد رغم عدم رضا المكفول عنه أو علمه لأنه ليس طرفاً في عقد الكفالة.

5. يتفق التشريع الوضعي مع ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد، والظاهرية، والشيعة الإمامية في انعقاد الكفالة بالإيجاب والقبول، وقد خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء حيث يرون انعقاد الكفالة بالإيجاب من الكفيل وحده.

6. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأن يجب أن يكون تعبير المكفول له صريحاً أو ضمنياً، إلا أن التشريع الوضعي يشترط في تعبير الكفيل عن إرادته أن تكون صريحة، بينما يذهب الفقه الإسلامي إلى عدم التفريق بين تعبير الكفيل والمكفول له عن إرادتهما.

7. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في معنى الإيجاب والقبول، وفي اتحاد مجلس العقد كذلك، وفي وجوب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب.

8. نجد كذلك بأن الفقه الإسلامي قد توسع في بحث موضوع التغرير أكثر من التشريع الوضعي من حيث تعريفه وأقسامه ــ قولي وفعلي ــ وشروطه، ويؤكد ذلك ما قاله السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه لإسلامي: ((لذلك وصل الفقه الإسلامي في هذه النظرية إلى مدى بعيد))[1].

9. نجد كذلك بأن التشريع الإسلامي يتناول الغلط بصورة عامة في العقود كعيب في الرضى عكس ما جاء في التشريع الوضعي، إلا أننا نجد بأن الفقه الإسلامي

---

(1) السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص 149.

والتشريع الوضعي اعتبرا أن الغلط سبب لإبطال التصرفات في مسائل كثيرة.

10. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن كلا منهما قد اشترط في الكفيل أن يكون أهلاً للتبرع، وذلك بأن يكون بالغاً، وعاقلاً، وراشداً.

11. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن كل منهما ذهب إلى عدم صحة كفالة القاصر والمحجور عليه، وذلك لكون الكفالة من أعمال التصرف والقاصر والمحجور عليه لا يملكان أهلية التصرف.

12. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن كلاً منهما يشترط في الكفيل أن يكون غير المكفول.

13. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في صحة كفالة المريض مرض الموت إذا كانت في حدود ثلث التركة بشرط ألا يكون مديناً بدين محيط بماله.

14. اختلف التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في صحة الكفالة مقابل عوض مالي، حيث ذهب التشريع الوضعي إلى أن الكفالة التي تتم مقابل عوض تكون صحيحة، بينما يعتبر الفقه الإسلامي أن الكفالة التي تتم مقابل عوض هي كفالة باطلة.

15. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأن الإكراه الملجئ يعدم المرضى ويفسد الاختيار، وكذلك بالنسبة للإكراه غير الملجئ اتفقوا على أنه يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار.

16. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن الإكراه الملجئ يؤثر في التصرفات القولية والفعلية.

17. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأن الإكراه بنوعيه الملجئ وغير الملجئ يعتبر عيباً من عيوب الرضا الذي معه يكون العقد قابلاً للإبطال.

18. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن الإكراه الملجئ يفسد التصرفات المالية.

19. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأن التدليس الصادر من غير المتعاقدين يجعل من حق المدلس عليه أن يطلب إبطاله بشرط عدم علمه بالتدليس.

20. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأن التدليس الصادر من المكفول عنه يعطي الكفيل الحق في إبطال العقد، وذلك إذا كان المكفول له يعلم به أو كان من المفروض أن يعلم به وإلا فلا يجوز للكفيل أن يطلب إبطال العقد.

21. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأنه يشترط لتأثير التدليس على الرضا بالعيب أن يكون صادراً عن أحد العاقدين ومؤثراً في العاقد الآخر، أو صادراً

من الغير ويعلمه المتعاقد الآخر أو من المفروض أن يعلمه، وإلا فلا يجوز طلب إبطال العقد.

22. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن التدليس على قسمين تدليس قولي وتدليس فعلي.

23. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بجواز أن يكون محل الكفالة مالاً أو عملاً أو تسليماً وكل ما يمكن أن يندرج تحت أي منهما بشرط أن لا يكون مشتملاً على ربا أو غيره مما تحرمه الشريع الإسلامية.

24. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في أنه يجب أن يكون سبب الكفالة مشروعاً، إلا أنهما يختلفان عند التطبيق، فما يراه التشريع الوضعي محرماً وممنوعاً قد يبيحه التشريع الإسلامي، وما يراه الفقه الإسلامي محرماً أو ممنوعاً قد يجيزه التشريع الوضعي. وبالرغم من ذلك نجد أن التشريع الوضعي قد اتفق مع الفقه الإسلامي في أنهما يعتبران التعامل بالربا الفاحش وتعاطي المخدرات غير جائز ولا تصح الكفالة فيها. أما الفقه الإسلامي فقد منع التعامل بالربا مطلقاً قل أم كثر، لقوله تعالى: ((وأحل الله البيع وحرم الربا)) (1). ونجد كذلك بأن الفقه الإسلامي يحرم لحم الخنزير والخمر وتجوز الكفالة فيهما لقوله تعالى: ((حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير)) (2). وكذلك قوله تعالى: ((إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه))(3). في حين أن التشريع الوضعي يرى أن الكفالة في ذلك جائزة لشرعية سببها عنده.

25. يرى الطالب أن الشافعية والحنابلة يشترطون أن تكون النية غير المشروعة يعلم بها الطرف الآخر أو في استطاعته أن يعلم، ورأي المالكية والحنابلة يتفق مع القانون المدني المصري، ولكن الفارق بينهما أن استطاعة العلم في الفقه الإسلامي يتسدل عنها طبقاً لمعايير موضوعية، فاستطاعة العلم يمكن تحديدها عن طريق قرائن مختصة به تدل على ذلك، أما في القانون المدني المصري فاستطاعة العلم يستدل عنها بمعايير شخصية.

26. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في أنه لا بد أن يكون من يباشر عقد الكفالة متمتعاً بأهلية الأداء، وذلك بأن يكون بالغاً وعاقلاً ورشيداً

---

(1) سورة البقرة، آية: 275.

(2) سورة المائدة، آية: 3.

(3) سورة المائدة، آية: 9.

الفصل الثاني

أنواع الكفالة في التشريع الوضعي

والفقه الإسلامي

سوف نرصد هذا الفصل لأنواع الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي وذلك تحت مبحثين: الأول لبحث أنواع الكفالة في التشريع الوضعي والثاني لدراسة أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي، بحيث يحتوي المبحث الأول على ثلاثة مطالب، نخصص منها المطلب الأول لبحث أنواع الكفالة من حيث مصدر الالتزام ، والمطلب الثاني لبحث أنواع الكفالة من حيث طبيعة العقد، والمطلب الثالث لبحث أنواع الكفالة من حيث طبيعة المكفول به، أما المبحث الثاني يتضمن أربعة مطالب ، نخصص المطلب الأول لبحث الكفالة بالنفس ، أما المطلب الثاني للكفالة بالدرك، والمطلب الثالث للكفالة بالتسليم، والمطلب الرابع سيخصص للمقارنة بين أنواع الكفالة في التشريع الوضعي وأنواعها في الفقه الإسلامي .

المبحث الأول

أنواع الكفالة في التشريع الوضعي

للكفالة أنواع عديدة من حيثيات مختلفة فهي:

من حيث مصدر الالتزام تكون إما كفالة اتفاقية يلتزم المدين بتقديم كفيل بموجب اتفاق، وإما كفالة قانونية يلتزم المدين بتقديم كفيل بموجب نص في القانون، وإما كفالة قـضائية يلتـزم المدين بتقديم كفيل للدائن بموجب حكم قضائي تصدره المحكمة.

من حيث المكفول به فهي تقسم إلى عدة أنواع أشار إليهـا الفقـه الإسـلامي وبعـض النصوص المدنية العربية مثل القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي ومجلة الأحكام العدلية وقانون الموجبات والعقود اللبناني، وهذا النوع قسمان كفالة بالنفس وكفالة بالدرك والكفالة بالتسليم.

من حيث طبيعة العقد تكون مدنية أو تجارية.

وبناء عليه فإننا سنقوم بدراسة هذه الأنواع ضمن ثلاثة مطالب نخصص منها المطلـب الأول لدراسة أنواع الكفالة من حيث مصدر التزام المدين والمطلب الثاني لدراسة أنواع الكفالـة من حيث طبيعة العقد أما المطلب الثالث والأخير في هذا المبحث نبحث فيه أنواع الكفالـة مـن حيث طبيعة المكفول به.

المطلب الأول

أنواع الكفالة من حيث مصدر التزام المدين

لا بد لنا في هذا المقام قبل التعرض لأنواع الكفالة من حيث مصدر التزام المدين من أن نبين ما هي مصادر الالتزام وأنواع الالتزام لكي نستطيع تحديد أنواع الكفالة.

فبالرجوع إلى النظرية العامة للالتزام نجد بأن مصادر الالتزام هي العقد، والقانون، والفعل الضار، والفعل النافع، والتصرف الانفرادي، وهذه المصادر لا شك ولا جدال فيها، ولهذه المصادر نوعان: مصادر إرادية، ومصادر لا إرادية، فالمصادر الإرادية تشمل العقد والتصرف الإنفرادي وأما المصادر اللاإرادية فهي تشمل الفعل الضار والفعل النافع والقانون وقوام هذه المصادر كلها هو الرضا – أي القبول من الكفيل بكفالة الدين.

وبعد هذا العرض الموجز لمصادر الالتزام وأنواع مصادر الالتزام فإننا سوف نقوم بدارسة أنواع الكفالة من حيث مصدر التزام المدين حيث يتفق غالبية الفقه على أن الكفالة تنقسم بحسب مصدر التزام المدين إلى كفالة قانونية وكفالة اتفاقية وكفالة قضائية ومصدر هذه الأنواع هو التزام المدين بتقديمها للدائن.

أولا: الكفالة القانونية:

فالكفالة القانونية تعرف على أنها هي الكفالة التي يلتزم المدين بتقديمها للدائن بناء على نص في القانون أو خضوعا له(1)، وبناء عليه يكون نص القانون مصدر التزام المدين بتقديمها، كون القانون هو أحد المصادر اللاإرادية للالتزام كما أسلفنا سابقا.

فالكفالة حسب مصدر الالتزام، قد تكون بناء على عقد أو حكم القضاء أو نص في القانون يلتزم المدين بموجبه بتقديم كفيل للدائن، فإذا كان مصدرها عقد تكون الكفالة هنا اتفاقية وإذا كان مصدرها حكم القضاء تكون الكفالة قضائية أما إذا كان مصدر الكفالة نص في القانون تكون الكفالة قانونية. فهذه الكفالة منصوص عليها في القانون ولا مجال للقاضي في الأخذ بها أو عدم الأخذ بها فهو ملزم بالنص وإذا كان القاضي مخير في ذلك، أي له سلطة تقديرية في فرضها من عدمه فإنها لا تكون قانونية بل تكون كفالة قضائية.

---

(1) الدكتور زكي– محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص42، والدكتور حسن– عبد الخالق، مرجع سابق، ص 18، والدكتور سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص258 وما بعدها، والدكتور أسعد – أحمد محمد ، مرجع سابق، ص43، والدكتور أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص49، والدكتور تناغو – سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص29، والدكتور منصور – مصطفى منصور، مرجع سابق، ص17.

أما إذا كان المدين ملزم بنص القانون بتقديم كفيل ولم يقم هذا المدين بتقديم الكفيل، ورفع النزاع إلى القضاء وصدر حكم من القضاء بإلزام المدين بتقديم كفيل، هنا في هذه الحالة يكون مصدر الكفالة نص القانون وليس حكم القاضي[1]، والسبب في ذلك هو أن حكم القاضي ليس منشئ للكفالة كما في الكفالة القضائية، فالقاضي هنا قرر الكفالة فقط، وبناء عليه تكون الكفالة في هذه الحالة كفالة قانونية.

ثانيا: الكفالة القضائية:

فالكفالة القضائية هي أن يلتزم المدين بتقديم كفيل للدائن بناء على حكم القضاء، أي بموجب حكم قضائي[2]، فهي كفالة يأمر بها القضاء في غير الحالات التي يكون المدين ملزما بتقديم كفيل بمقتضى اتفاق بينه وبين الدائن أو بموجب نص في القانون، فمصدر الكفالة في هذه الحالة هو حكم القضاء حيث يلتزم المدين بتقديم كفيل بناء على حكم القاضي وهذا الحكم أعطاه القانون للقاضي.

فإذا كان المدين ملتزم بتقديم كفيل ولم يقم هذا المدين بتقديم الكفيل، ورفع النزاع إلى القاضي فإذا كان حكم القاضي بإلزام المدين بتقديم كفيل، هنا في هذه الحالة يكون مصدر الكفالة هو الاتفاق وليس القضاء لأن حكم القضاء هو إقراراً لوجود هذا الاتفاق أو في القانون ولا يغير ذلك من طبيعة الاتفاقية أو القانونية والسبب في ذلك واضح لأن العبرة بمصدرها الأصل.

ونخلص مما سبق بأن مصدر الكفالة القضائية هو حكم القضاء الذي تصدره المحكمة ويتضمن إلزام المدين بتقديم كفيل، وهو سلطة تقديرية للمحكمة، أما إذا كان هذا الحكم بإلزام المدين بتقديم كفيل وجوبيا أي لا سلطة لهذه المحكمة في عدم تقديره -فإن الكفالة تكون قانونية وليست قضائية والسبب في ذلك لأن الكفالة تكون بحكم القانون وليست من قبيل سلطة المحكمة التقديرية. لذلك فالكفالة تنقسم من حيث سلطة القاضي في الأمر فيها إلي نوعين كفالة وجوبية وكذلك كفالة جوازية.

نلخص القول بأن الكفالة تنقسم من حيث سلطة القاضي في الأمر فيها إلى نوعين كفالة وجوبية وكذلك كفالة جوازية.

---

(1) الدكتور حسن - عبد الخالق ، مرجع سابق، ص19.

(2) الدكتور منصور - مصطفى منصور، مرجع سابق، ص17، والدكتور مرقس - سليمان ، مرجع سابق، ص22، والدكتور زكي - محمود جمال الدين ، مرجع سابق، ص42، والدكتور سعد - نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص258.

ثالثا: الكفالة الاتفاقية:

فالكفالة الاتفاقية هي التي يلتزم المدين بمقتضاها للدائن بأن يقدم له برضائه كفيلا يكفل دينه، سواء كان قبل نشوء سبب الدين أو بعده[1].

نلاحظ من خلال التعريف السابق بأن مصدر الكفالة الاتفاقية هو الاتفاق ما بين المدين والدائن أي العقد، حيث يلتزم المدين بتقديم الكفالة للدائن برضائه وذلك بناء على اتفاق بينهما، وسواء كان هذا الاتفاق قبل نشوء سبب الدين أو بعده، فالاتفاق هو الأساس في هذا النوع من الكفالات.

وبما أن الكفالة عقد ما بين الكفيل والدائن يضمن بمقتضاه الكفيل تنفيذ التزام المدين ويتعهد للدائن بالوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، فهي بذلك تكون كفالة اتفاقية، والسبب في ذلك لأن مصدر التزام الكفيل قبل الدائن هو دائما العقد. فالأساس في تقسيم الكفالة إلى قانونية أو اتفاقية أو قضائية هو دائما مصدر التزام المدين، فإذا كان مصدر التزام المدين الاتفاق كانت الكفالة اتفاقية وإذا كان مصدر التزامه نص القانون كانت الكفالة قانونية أما إذا كان مصدر التزام المدين حكم القضاء فإن الكفالة تكون قضائية.

ونلاحظ كذلك بان الكفالة الاتفاقية لا تصلح لأن تكون أساسا للكفالة القضائية، فعلى سبيل المثال إذا كان المدين ملتزم بتقديم كفيل، ولم يقم هذا المدين بتقديم كفيل، ورفع النزاع إلى القاضي فإذا كان حكم هذا القاضي هو إلزام هذا المدين بأن يقدم للدائن كفيل، هنا لا نستطيع أن نقول بأن الكفالة في هذه الحالة قضائية بل هي كفالة اتفاقية ذلك لأن مصدر هذه الكفالة هو الاتفاق وحكم المحكمة وسبب ذلك لأن القاضي في هذه الحالة يقرر الكفالة فقط، ولا يعتبر حكمه منشئ للكفالة كما هو الحال في الكفالة القضائية[2].

ونخلص القول بأنه إذا كان المدين ملزم بتقديم كفيل ولكنه تخلف عن تنفيذ التزامه فمصدر الحكم بإلزامه بذلك هنا الاتفاق وليس القانون أو القضاء.

وبعد هذا العرض السريع للكفالة الاتفاقية سوف نتعرض للحالات التي تكون معها الكفالة اتفاقية حيث نجد من خلال ما سبق بأن حالات الكفالة الاتفاقية هي حالتين:

الحالة الأولى: عندما يكون المدين ملزما بتقديم كفيل بناء على اتفاق سابق مع الدائن[3].

---

(1) الدكتور مرقس – سليمان ، مرجع سابق، ص21، الدكتور منصور – مصطفى منصور، مرجع سابق، ص17، سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص257 وما بعدها.

(2) الدكتور حسن – عبد الخالق ، مرجع سابق، ص19.

(3) الدكتور سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص258 وما بعدها، الدكتور أسعد – أحمد محمد ، مرجع سابق، ص39.

الحالة الثانية: عندما يقدم المدين كفيلا للدائن، أو عندما يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين.

عند دراسة الحالة الثانية نجد بأن الشق الأول منهما صحيح ولا شك ولا جدال فيه، والسبب في ذلك أن الواقع العملي السائد هو أن يقدم المدين كفيلا لدائنه بناء على طلب الدائن أو بناء على رغبة من المدين نفسه وذلك هي تجديد الائتمان أو الحصول على ائتمان جديد من دائنه، أما الشق الثاني وهو عندما يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين فهذه المسألة قد ثار حولها نقاش ونحن نذهب مع ما ذهب إليه الدكتور أحمد محمد أسعد الذي خالف جمهور الفقه من أن الكفالة في هذه الحالة لا تكون اتفاقية ويستند في ذلك إلى أنه لا يمكن قياس مصدر التزام المدين على مصدر التزام الكفيل، الذي هو دائما عقد الكفالة، فلو أخذنا بذلك جدلا فإننا سوف نصل إلى أن أنواع الكفالة –الاتفاقية والقانونية والقضائية– يكمن في نوع واحد هو عقد الكفالة.

وعند رجوعنا إلى بداية أنواع الكفالة لنجد أننا نبحث هذه الأنواع من حيث مصدر التزام المدين وليس مصدر التزام الكفيل الذي هو دائما عقد الكفالة، ولا نستطيع أن نقيس مصدر التزام الكفيل على مصدر التزام المدين ولا نستطيع كذلك اعتبار الكفالة اتفاقية مع الإقرار في الوقت ذاته إلى إمكانية انعقادها بدون علم المدين أو حتى بدون رضائه.

ولكل ما تقدم فإن الطالب لا يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقه، بل نكتفي في هذا المجال بالقول بأن الكفالة تكون اتفاقية عندما يكون المدين ملزما بتقديم كفيل بناء على اتفاق سابق مع المدين أو بينه وبين شخص، وأن مصدر التزام الكفيل ليس له دور في تحديد نوع الكفالة والسبب في ذلك أن مصدر التزام الكفيل دائما هو العقد المبرم بينه وبين الدائن أي (بين الكفيل والدائن).

ويثور التساؤل حول ماهية نوع الكفالة عندما يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لكفالة المدين ودون علم ورضاء الأخير.

وباستطاعتنا أن نرد على هذا التساؤل من خلال ما ذهب إليه جمهور الفقه من أن الكفالة تكون قانونية أو قضائية أو اتفاقية بحسب مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل، فهذا المصدر قد يكون الاتفاق أو القانون أو القضاء.

أما التزام الكفيل قبل الدائن، فمصدره دائما العقد المبرم بينهما ولا صلة له بأنواع الكفالة[1].

---

(1) الدكتور الشرقاوي – جميل ، مرجع سابق، ص26، الدكتور زكي – محمود جمال الدين ، مرجع سابق، ص41 وما بعدها.

وبناء عليه تكون الكفالة في هذه الحالة كفالة قائمة بذاتها، لا يلتزم بها المدين، ومن ثم يكون غير مسؤول عن شروط الكفيل الذي تقدم وكفله وتقتصر العلاقة على الكفيل والدائن (المكفول له) والذي قبل الكفيل بشروطه دون أدنى مسؤولية على المدين[1].

ولقد ذهبت غالبية الفقه إلى أن أهمية التمييز بين أنواع الكفالة يكمن في شرط التضامن بين الكفلاء من جهة وبين الكفيل والدائن من جهة أخرى، وأنه من المسلم به أن التضامن لا يفترض، بل يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون، وعند استقراء النصوص المتعلقة بالكفالة نجد أن الكفالة القانونية أو الكفالة القضائية يكون التضامن فيها بنص القانون، أما الكفالة الاتفاقية فلا يفترض التضامن إلا إذا اشترط ذلك صراحة بين الكفيل والمدين أو رضوا به[2].

وكذلك الحال لو تعدد الكفلاء في الكفالة الاتفاقية حيث لا يجوز للدائن أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه، أما إذا كان هناك تضامن بين الكفلاء سواء بنص القانون أو حتى بالاشتراط فإنه يجوز للدائن أن يرجع عليهم مجتمعين أو منفردين.

فهذا التضامن الذي تحدثنا عنه هل يفترض بين المدين والكفيل فقط؟ أم أنه تضامن بين الكفلاء في حالة تعددهم؟

كمبدأ عام إن الكفلاء في الكفالة القانونية والكفالة القضائية يكونوا دائما متضامنين، أما في الكفالة الاتفاقية فلا يفترض التضامن إلا إذا نص القانون أو اتفق على التضامن[3].

وللإجابة على التساؤل السابق فقد ثار بصدده عدة وجهات نظر صنفت ضمن اتجاهين:

الاتجاه الأول[4]: يرى هذا الاتجاه أن التضامن مفترض بين الكفلاء والمدين، ويستند هذا الاتجاه إلى أن المشرع العربي استعمل لفظ الكفلاء بصفة الجمع فالنصوص المتعلقة بهذا

---

(1) في هذا الشأن الدكتور أسعد – أحمد محمد ، مرجع سابق، ص40.

(2) الدكتور مرقس – سليمان ، مرجع سابق، ص22، الدكتور منصور – مصطفى، مرجع سابق، ص18، الدكتور عبد الباقي – عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص48، الدكتور إمام – محمد علي ، **التأمينات الشخصية والعينية**، طبعة 1956، ص48، الدكتور مرسي – محمد كامل ، مرجع سابق، ص59، تناغو – سمير ، مرجع سابق، 32.

(3) نص المادة 795 من **القانون المدني المصري** والمادة 1069 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** والمادة 761 من **القانون المدني السوري** والمادة 1030 من **القانون المدني العراقي** والمادة 677 من **القانون المدني السوداني** والمادة 804 من **القانون المدني الليبي** والمادة 974 من **القانون المدني الأردني**.

(4) وقد تزعم هذا الاتجاه د. عبد الفتاح، مرجع سابق، ص49، د. منصور – مصطفى منصور، مرجع سابق، ص18 وما بعدها، د. سعد – نبيل ، مرجع سابق، ص259 وما بعدها، د. أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص55، د. العمروسي – أنور ، مرجع سابق، ص53.

الموضوع تفيد العموم وكذلك الشمول، عدا عن أن الهدف من هذا التضامن هو حماية الدائن لأن تضامن الكفيل مع المدين يوفر ضمانا أكبر ويمنح الدائن كذلك الحق في الرجوع على أي منهم.

فإذا تعدد الكفلاء بأن التزام المدين بتقديم أكثر من كفيل وكان مصدر التزام الكفيل القانون أو القضاء كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم، ومتضامنين كذلك مع المدين وكذلك الحال في حالة عدم التعدد فإن الكفيل يكون متضامنا مع المدين إذا كانت الكفالة قانونية أو قضائية ويؤيد ذلك ما ذهبت إليه النصوص المشار إليها سابق في الحاشية المتقدمة.

وقد توسع البعض(1) في تفسير النصوص المتعلقة بالتضامن فيما بين الكفلاء أنفسهم وفيما بينهم وبين المدين إلا أن النتيجة كانت هي ما أشرنا إليه آنفا.

الاتجاه الثاني(2): يرى هذا الاتجاه أن النصوص المتعلقة بهذا الموضوع واضحة وتعطي معنى واحد وهو التضامن بين المدين والكفلاء فقط، ولا يوجد تضامن فيما بين الكفلاء أنفسهم.

يترتب على ذلك أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على كل من الكفلاء عند تعددهم إلا بقدر نصيبه فقط في الدين المكفول، وكذلك المدين أي يقسم الدين بينه وبين الكفلاء كلا بنسبة حصته.

ويستند هذا الاتجاه في ذلك إلى أن المشرع لم يرد التضامن فيما بين الكفلاء ويدعمون ذلك بأنه لو أراد أن يأخذ بفكرة التضامن بينهم لما قام بتعديل النصوص السابقة التي تفترض التضامن فقط في الكفالة القضائية(3).

ونميل في هذا الموضوع للاتجاه الأول الذي يرى أن التضامن مفترض بين الكفلاء والمدين، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: إن هذا الاتجاه يتفق مع الطبيعة القانونية لأنواع الكفالة الثلاث.

السبب الثاني: إن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق صريح على ذلك أو بنص القانون، فالكفالة الاتفاقية لا يفترض فيها التضامن إلا إذا اشترط ذلك في العقد لذلك فهي ليست محل خلاف، أما الكفالة القانونية والكفالة القضائية فالنصوص القانونية الواردة بهذا الخصوص فهي واضحة لا لبس أو غموض فيها وتفيد التضامن بين الكفلاء مع بعضهم أو بين الكفلاء والمدين.

---

(1) مثل الدكتور منصور – مصطفى، مرجع سابق، ص18، الدكتور عبد الباقي – عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص48، الدكتور زكي – محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص42.

(2) وقد تزعم هذا الاتجاه الفقهي الدكتور زكي – محمود جمال الدين والدكتور إمام – محمد علي والدكتور مرسي – محمد كامل.

(3) الدكتور زكي – محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص42، الدكتور إمام – محمد علي ، مرجع سابق، ص119، الدكتور مرسي – محمد كامل ، مرجع سابق، ص19.

فمن خلال دراسة أنواع الكفالة من حيث مصدر التزام الكفيل والعلاقة فيما بين هذه الأنواع فإننا نستنتج ما يلي:

1- إن مصدر التزام المدين بتقديم كفيل للدائن هو إما الاتفاق وإما القانون وإما القضاء، أما مصدر التزام الكفيل قبل الدائن هو دائما العقد المبرم فيما بينهما، ولا توجد أي علاقة بين هذا العقد وبين أنواع الكفالة، وبناء عليه فإذا تطوع المدين في تقديم الكفالة دون أن يكون ملزما بذلك فهي كفالة اتفاقية.

2- إن العبرة في كون الكفالة قضائية أو قانونية أو اتفاقية هو مصدرها الأصيل.

فإذا كان مصدر الكفالة حكم القضاء كانت الكفالة قضائية وإذا كان مصدر الكفالة الاتفاق كانت اتفاقية أما إذا كان مصدرها نص في القانون كانت الكفالة قانونية.

3- تكون الكفالة قانونية إذا كان تقديم الكفيل من قبل المدين وجوبيا.

4- تكون الكفالة قضائية إذا كان تقديم الكفيل متروك لتقدير المحكمة.

5- تكون الكفالة اتفاقية إذا كان تقديم الكفيل بناء على اتفاق بين المدين والدائن بتقديم كفالة لهذا الأخير.

6- التضامن في الكفالة الاتفاقية مفترض في الكفالة القانونية والكفالة القضائية وذلك بنص القانون ودون حاجة لاشتراط ذلك في العقد.

7- التضامن في الكفالة الاتفاقية غير مفترض إذا لم يرض الكفيل بذلك صراحة.

وبناء عليه فإن الكفالة الاتفاقية تختلف عن الكفالة القانونية والكفالة القضائية في أن الكفالة الاتفاقية لا يفترض فيها التضامن إلا بناء على اتفاق عكس الكفالة القانونية والقضائية حيث يكون الكفلاء دائما متضامنين.

8- بالرجوع إلى نصوص القوانين العربية المتعلقة بهذا الشأن وشروحات الكتاب نجد بأن مركز الكفيل القانوني والكفيل القضائي أشد وأخطر من مركز الكفيل الاتفاقي، والسبب في ذلك هو أن القانون اعتبر كل منهما متضامنا مع المدين أي القانون هو الذي قرر تضامن كل منهما، ومن المعروف فقها وقضاءا أن مصدر التضامن هو إما نص القانون أو الاتفاق إلا أن الكفيل القانوني والكفيل القضائي يعتبر متضامنا مع المدين بنص القانون دون حاجة لاشتراط هذا التضامن، فإذا تم الاتفاق على التضامن في الكفالة الاتفاقية تكون بمركز الكفالة القانونية أو الكفالة القضائية.

والتضامن الذي نتحدث عنه هو فيما بين الكفلاء إذا تعددوا وفيما بينهم وبين المدين وذلك لعموم النصوص ولشمولها بخصوص التضامن وخلاصة القول أن الكفيل الاتفاقي لا يكون متضامنا مع المدين إلا إذا رضي بهذا التضامن.

9- ترجيح التضامن فيما بين الكفلاء أنفسهم وفيما بينهم وبين المدين، والسبب في ذلك واضح هو نصوص القوانين حيث جاءت شاملة فكما يلاحظ البعض أن المشرع استعمل كلمة الكفلاء وهذه الكلمة شاملة وعامة أي تشمل الكل الكفلاء والمدين والكفلاء أنفسهم.

10- يتفق غالبية الفقه إلى أن التضامن افترض في الحقيقة لحماية مصلحة الدائن وكذلك توثيقا لدينه، ويترتب على التضامن حرمان الكفيل من التقدم بالدفوع التي يحق للكفيل الغير متضامن أن يدفع بها مثل الدفع بعدم التقسيم وغيرها من الدفوع. ويترتب على التضامن كذلك في أن يكون للدائن الحق في الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين والتنفيذ على أمواله وتجريده قبل الرجوع على المدين.

المطلب الثاني

أنواع الكفالة من حيث طبيعة العقد

نستنتج من خلال دراستنا لأنواع الكفالة من حيث مصدر التزام المدين أن الكفالة تحتفظ بتكييف مستقل لها عن الالتزام الأصلي من حيث التزام مدني أو تجاري وذلك بحسب طبيعتها الذاتية.

وبناء عليه لا يترتب على كون التزام الكفيل التزاماً تابعاً أن تأخذ الكفالة نفس صفة الالتزام الأصلي المكفول والسبب في ذلك يعود لأن الكفالة اشتراط لمصلحة الغير، وإن الكفيل عندما يكفل المدين يقصد دائما أداء خدمة لهذا المدين وبدون مقابل.

تعتبر الكفالة بحسب الأصل عملاً مدنيا وليس تجاريا والسبب في ذلك يعود لكون الكفالة من أعمال التبرع، وهذه الصفة لا تتفق مع العمل التجاري، وتكون الكفالة مدنية حتى ولو كان الدين المكفول تجاريا وكذلك حتى ولو كان الكفيل تاجرا، فتبقى الكفالة مدنية حتى ولو كان الالتزام المكفول تجارياً وهذا استثناء على القاعدة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول[1].

ويرى الأستاذ السنهوري: في هذا المجال أن من الواجب أن يكون التزام الكفيل التزاماً تجارياً كالالتزام المكفول، ويرى كذلك أن الكفالة تعتبر عملا تجاريا بالنسبة إلى الدائن إذا كان حقه تجارياً مستنداً في ذلك إلى قرار نقض فرنسي صادر في 25 اكتوبر سنة 1921 -1-278-17- ديسمبر 1934 سيريه- 1936-1-287[2].

حيث تكون الكفالة مدنية حتى ولو كان كل من الدائن والمدين تاجراً وحتى ولو كان الكفيل نفسه تاجرا، لأن الأصل في الكفيل أن يكون متبرعاً ولأن التبرع يتعارض مع فكرة العمل التجاري، فالعمل التجاري يقوم على أساس فكرة المضاربة، أما الكفالة فالأصل فيها أن يكون الكفيل متبرعا لا مضاربا فهو يقوم بعمل مدني وليس تجاري[3].

---

(1) الدكتور تناغو – سمير ، مرجع سابق، ص27، والدكتور حسن – عبد الخالق ، مرجع سابق، ص61.

(2)). Planiol et ripert et autres , Traite pratique de Droit civil francais, le , edition , t . 12, et 2e edition, t . 11et 13 . no 1511، P، 167

(3) الدكتور شفيق – محسن ، مرجع سابق، ص308، و نص المادة 779 من **القانون المدني المصري**، ويقابلها المادة 745 من **القانون المدني السوري** ويقابلها كذلك المادة 1016 **عراقي** ولا مقابل لها في قانون الموجبات والعقود اللبناني.

أما المشرع اللبناني والأردني لم يتضمنا نصاً مماثلاً للنصوص العربية الأخرى المشار إليها بشأن مدنية وتجارية الكفالة وهذا ما يجعل باب الاجتهاد مفتوحاً أمام المحاكم والكتـــاب وإن كانت المادة 1069 من قانون الموجبات والعقود اللبناني تشير إلى احتماليـــة أن تكـــون الكفالـــة تجارية عدا عن كونها مدنية[1].

فبما أن الكفالة من أعمال التبرع، ولا يقصد الكفيل منها مقابل فتعتبر بحـــسب الأصـــل عملاً مدنياً، ويترتب على كون الكفالة من أعمال التبرع أن تكون مدنية وليست تجارية حتى ولو كان الكفيل تاجراً أو كان الالتزام الأصلي تجاري، والسبب في ذلك هو لانتفاء نية التبـــرع مـــع فكرة العمل التجاري.

لقد قضت محكمة النقض المصرية بأن النص في المادة 1/779 مـــن القـــانون المـــدني المصري يدل على أن الأصل في الكفالة أن تعتبر عملاً مدنيا، وتكون كذلك بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الالتزام المكفول التزاما تجارياً أو كان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفـــسه تاجراً، وهذا هو استثناء من القاعدة العامة حسب ما تشير إليه المحكمة[2].

لقد استثنى المشرع المدني العربي حالتين تكون فيهما الكفالة تجارية فقط:

فالحالة الأولى: هي الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً.

والحالة الثانية: هي الكفالة الناشئة عن تظهير هذه الأوراق التجارية.

ويقصد بضمان الأوراق التجارية (ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية ويتم ذلك إما بالكتابة على الورقة التجارية ذاتها، أو بالكتابة على ورقة مستقلة) [3].

أما بالنسبة للتظهير فالورقة التجارية تظهر إما لنقل ملكيتها أو لتحصيل قيمتها أو لرهنها، فإذا ظهرت الورقة على سبيل الضمان فإن ذلك يعتبر رهناً لها ضماناً لدين آخر ولا يعتبر عقـــد كفالة، ولا يمكن كذلك اعتبارها من صور الكفالة وإعطائها الصفة التجارية فهي ليـــست كفالـــة أصلاً، حتى نصفها بأنها مدنية أو تجارية، بل تعتبر رهن لدين، وهو من صور الرهن الحيازي وليست من صور الكفالة[4].

حيث يتفق غالبية الفقه على أنه إذا وردت الكفالة على كمبيالة فهي فعلا كفالة من جميع الوجوه، أما إذا وردت الكفالة على سند أذني لا تعتبر كفالة تجارية إلا إذا كان السند نفسه تجارياً

---

(1) المادة 1067 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** حيث تؤكد الصفة المدنية للكفالة.

(2) الدكتور العمروسي – أنور ، مرجع سابق، ص240.

(3) الدكتور تناغو – سمير ، مرجع سابق، ص27.

(4) الدكتور تناغو – سمير ، مرجع سابق، ص28.

أو كان محرره تاجراً، سواء حرر لعمل تجاري أو كان محرره غير تاجر ولكن تحريره كان مترتب على عملية تجارية[1].

فالضمان الاحتياطي لهذه الأوراق هو أن يقدم الكفيل أحد الملتزمين في الورقة التجارية ليضمنه في الوفاء إذ قد لا يثق المستفيد الأول أو المظهر إليه في قدرة محرر السند أو مظهره على الوفاء فيطلب منه تقديم كفيل، الأمر الذي يترتب عليه إضافة ملتزم جديد إلى الورقة وزيادة ضمانات الحامل تبعاً لذلك[2].

فإذا كان الكفيل يحترف العمل التجاري ويحترف كفالة الأشخاص بمقابل، فإن الكفالة التي يعقدها على هذا الوجه تكون عملاً تجارياً وكذلك الحال بالنسبة لكفالة البنوك إلى الأشخاص، حيث تعتبر جميع الأعمال التي تقوم بها البنوك تجارية، وكذلك يعتبر الاحتراف من شروط العمل التجاري بل الأساس.

نخلص إلى القول بأن الأصل في الكفالة أن تكون مدنية، ولا تكون تجارية إلا في الأحوال التي نص عليها القانون كضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً وكذلك تظهير الأوراق التجارية، ومن المعروف لدى الجميع أن الأوراق التجارية هي الشيك والكمبيالة والسند الأذني، وغالباً ما يتفق الكفيل مع الدائن أن يوقع لهذا الأخير ورقة تجارية على سبيل الكفالة فيكون بذلك التزام الكفيل تابعاً وما عدا ذلك يكون التزامه أصلياً، أي أن الاتفاق هو الذي يحدد الالتزام الأصلي أو التابع.

وتظهر أهمية اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية في أمور عدة:

1- من حيث المحكمة المختصة.

2- من حيث طرق الإثبات.

3- من حيث الفوائد القانونية (التأخيرية).

فيما يتعلق بالاختصاص والمحكمة المختصة: فإذا كانت الكفالة مدنية تكون المحكمة المدنية هي المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه، وأما إذا كانت الكفالة تجارية تكون المحكمة التجارية هي المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه[3].

---

(1) الدكتور تناغو – سمير، مرجع سابق، ص28.

(2) الدكتور حسن – عبد الخالق ، مرجع سابق، ص63، الذي أخذ عنه شفيق – محسن ، مرجع سابق، ص279.

(3) الدكتور سامي – فوزي محمد ، **شرح القانون التجاري**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1993، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص82 و 83.

أما طرق الإثبات: فإذا كانت الكفالة مدنية فإنها تثبت في حق الكفيل طبقاً لقواعد الإثبات في المواد المدنية التي تشرط أن تكون الكفالة مكتوبة، أو ما يقوم مقام الكتابة إذا كان التزام الكفيل تجاوز الحد المنصوص عليه في القانون، أما إذا كانت الكفالة تجارية فهي تثبت بكل طرق الإثبات[1].

أما فيما يتعلق بالفوائد القانونية (التأخيرية) على الكفيل: فإذا كانت الكفالة مدنية تحسب هذه الفوائد بالسعر الذي يسري على الديون المدنية حسب نص القانون، وإذا كانت الكفالة تجارية فتحسب هذه الفوائد بالسعر الذي يسري على الديون التجارية حسب نص القانون كذلك[2].

ونخلص إلى القول بأن الكفالة من أعمال التبرع، التي لا يقصد الكفيل فيها مقابل وبناء عليه تكون الكفالة بحسب أصلها عملاً مدنياً، وإن الكفالة لا تكون تجارية إلا في حالة ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو تظهير هذه الأوراق.

نستنتج من خلال دراستنا لأنواع الكفالة حسب طبيعة العقد (مدنية وتجارية) ما يلي:

1- الأصل في الكفالة أنها عملاً مدنياً بالنسبة للكفيل ولو كان الالتزام المكفول تجارياً أو كان كل من المدين أو الدائن أو الكفيل نفسه تاجراً.

2- الاستثناء من أن الكفالة مدنية أن تكون تجارية في حالتين:

- حالة ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً.
- حالة تظهير الأوراق التجارية.

3- إن اعتبار الكفالة مدنية بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً أو كان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً هو استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول، والسبب في ذلك لأن الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً وبناء عليه فهو لا يقوم بعمل تجاري بل يقوم بعمل مدني.

4- إن كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً حتى ولو كان كل من الكفيل والمدين والدائن تاجراً.

5- إن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً تعتبر كفالة بالفعل لهذه الورقة كاستثناء.

---

(1) الدكتور مرقس – سليمان ، مرجع سابق، ص19.

(2) الدكتور السنهوري– عبد الرزاق، مرجع سابق، ص68، الدكتور مرقس – سليمان ، مرجع سابق، ص20.

6- إن أهمية تقسيم الكفالة إلى مدنية وتجارية لتحديد طرق الإثبات وكـذلك الاختصاص والفائدة القانونية (التأخيرية).

7- يترتب على اعتبار كون الكفالة عملا مدنيا:

أ. إن المحكمة المختصة بالفصل في موضوع النزاع هي المحكمة المدنية إذا كان الكفيل هو المدعى عليه.

ب. طرق الإثبات يجب أن تكون الكفالة مكتوبة.

ج. بالنسبة للفوائد التأخيرية تكون علـى الكفيـل بالسعر المدني.

8- يترتب على اعتبار كون الكفالة عملاً تجارياً:

أ. إن المحكمة المختصة بالفصل في موضوع النزاع هي المحكمة التجارية إذا كانت الكفالة تجارية وكان الكفيل هو المدعى عليه.

ب. بالنسبة لطرق الإثبات يكون الإثبـات بجميـع طرق الإثبات.

ج. تكون الفوائد القانونية (التأخيرية) على الكفيل بالسعر الذي يسري على الديون التجارية حسب نص القانون.

9- نستنتج كذلك بأن الكفالة تقسم إلى نوعين بحسب طبيعة العقـد، كفالـة مدنية وهي الأصل وكفالة تجارية كاستثناء.

10- تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل يحترف العمل التجاري ويحترف كفالة الأشخاص بمقابل، فإن الكفالة التي يعقدها على هذا الوجه تكون عملاً تجاريـاً وكـذلك الحال بالنسبة لكفالة البنوك إلى الأشخاص.

المطلب الثالث

أنواع الكفالة من حيث طبيعة المكفول به

تنقسم أنواع الكفالة من حيث طبيعة المكفول به إلى ثلاثة أنواع الكفالة بالنفس والكفالة بالدرك والكفالة بالتسليم. وهذه الأنواع ورد ذكرها في مجلة الأحكام العدلية بصفة عامة وقد ورد ذكرها كذلك في بعض القوانين المدنية العربية مثل القانون المدني الأردني وقانون الموجبات والعقود اللبناني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وكل ذلك مأخوذ من أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، وسوف نتطرق لهذه الأنواع بشكل سريع وبشيء من الدقة.

أنواع الكفالة من حيث طبيعة المكفول به:

1- الكفالة بالنفس.

2- الكفالة بالدرك.

3- الكفالة بالتسليم.

النوع الأول: الكفالة بالنفس:

هي الكفالة بشخص[1] وهي التي يلتزم فيها الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له[2].

لقد أخذت غالبية القوانين أحكام الكفالة بالنفس من الفقه الإسلامي حيث أنها جائزة باتفاق أئمة المذاهب الأربعة، مستندين في ذلك إلى قوله تعالى على لسان سيدنا يعقوب عليه السلام: ((قال لن أرسله معكم حتى تؤتوني موثقا من الله لتأتينني به إلا أن يحاط بكم)). حيث يسميها بعض فقهاء المسلمين بضمان الوجه والسبب في ذلك لأن البدن يستحق بتسلمه بالعقد فجاز الكفالة به كالدين[3].

---

(1) عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة 613 الكفالة بالنفس بأنها هي الكفالة التي يكفل فيها شخص.

(2) نص المادة 1/961 من **القانون المدني الأردني** والمادة 613-617 من **مجلة الأحكام العدلية** بخصوص أنواع الكفالة وتعريفاتها، وكذلك المادة 1098 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** حيث يسميها بكفالة الحضور، وتنص هذه المادة على أن الكفالة بالنفس هي: (عهد يلتزم به شخص أن يقدم شخص آخر لدى القضاء أو أن يحضره عند استحقاق الموجب أو عند الحاجة).

(3) الدكتور السالوس – علي أحمد ، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون**، دار الاعتصام، ط2، القاهرة، 1973م، ص75 وما بعدها، ويسميها قانون الموجبات والعقود اللبناني بكفالة الحضور.

فهذا النوع من الكفالة يلتزم بموجبه الكفيل بإحضار المدين إلى الدائن وذلك في وقت الحاجة إليه، فإذا أحضره يبرأ من التزامه وإن لم يحضره فقد أجازت بعض القوانين للمحكمة أن تفرض عليه غرامة تهديدية ما لم يظهر عجزه وكذلك عدم اقتداره على إحضار المدين حيث لها أن تعفيه منها[1].

وقد يتعهد الكفيل بالنفس أن يدفع على سبيل الشرط الجزائي مبلغاً من النقود وعند عدم قيامه بإحضار المكفول فإذا لم يقم بإحضار المكفول وجب عليه أن يدفع هذا المبلغ[2].

أما إذا تعهد الكفيل بإحضار المكفول عند الطلب، وإلا فعليه أداء دينه، هنا لزمه أداء ذلك الدين إذا لم يقم بتسليمه في الوقت المحدد[3] .

ولكن ما الحكم إذا لم يتعهد الكفيل بدفع دين المدين عند عجزه عن إحضار المكفول هنا في هذه الحالة فلا يلتزم الكفيل بشيء إذا أثبت عجزه عن إحضار المدين ومثال ذلك إذا كان المدين غائباً ولا يعرف مكانه، أما إذا كان المدين غائباً ولكن غيابه لمدة معلومة ومعينة هنا في هذه الحالة يبقى تنفيذ الكفيل لالتزامه بإحضار المدين ممكناً وقد يكلف الكفيل بذلك[4].

وعند الرجوع إلى نصوص القانون المدني الأردني نجد بأن المشرع الأردني قد أعطى للكفيل بالنفس الحق في أن يطلب من المحكمة منع المكفول من السفر خارج البلاد إذا كانت الكفالة بأمره وقامت دلائل يخشى إلحاق الضرر بالكفيل[5].

فكل كفالة لا بد لها أن تنتهي بطرق معينة، فالكفالة بالنفس تنتهي وتبرأ ذمة الكفيل فيها بالطرق التالية:

1- إذا سلم المدين إلى المكفول له أو أدى محل الكفالة، ويمثل ذلك بحضور المكفول في اليوم المعين أو حتى بعد اليوم المعين ما لم يكن قد صدر حكم على الكفيل فحضور المكفول بعد صدور الحكم على الكفيل لا يكفي للرجوع عن هذا الحكم إلا أنه يحق للكفيل أن يطلب الرجوع عن هذا الحكم إذا

---

(1) نص المادة 2/961 من **القانون المدني الأردني** والمادة 1017 من **القانون المدني العراقي** وكذلك المادة 1102 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**.

(2) الدكتور السرحان – عدنان إبراهيم ، مرجع سابق، ص201.

(3) المادة 1019 من **القانون المدني العراقي** ويقابلها كذلك المادة 262 من **القانون المدني الأردني** وكذلك المادة 651 من **مجلة الأحكام العدلية**.

(4) نص المادة 1018 من **القانون المدني العراقي**، وكذلك نص المادة 1104 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**.

(5) نص المادة 984 من **القانون المدني الأردني**.

أثبت أن المكفول كان في تاريخ صدور الحكم ميتاً أو غير مليء وفي نهاية المطاف يحق للكفيل المحكوم عليه بالدفع أن يرجع على الدائن بقيمة المبلغ الذي دفعه.

2- إعسار المكفول المشهور.

3- إعلان عجز المكفول.

4- إذا مات المكفول.

لكن إذا مات الدائن (المكفول له) فلا تبرأ ذمة الكفيل وبالتالي لا تنتهي الكفالة بالنفس، ويجوز لورثة الدائن في هذه الحالة الحق في مطالبة الكفيل بتسليم المكفول في الوقت المحدد أو أداء محل الكفالة(1).

نلاحظ مما تقدم بأن المشرع الأردني لم يبين أثر موت الكفيل على الكفالة بالنفس، ولكن عند الرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية وخصوصا المادة 666 منها نجد بأنها تعرضت لهذا الموضوع حيث نصت على أنه: ((لو مات المكفول به فكما يبرأ الكفيل من الكفالة يبرأ كفيل الكفيل، كذلك لو توفي الكفيل فكما يبرأ هو من الكفالة يبرأ كفيله أيضا، ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطالبه وارثه)).

والطالب رجع لمجلة الأحكام العدلية لكونها تعتبر نافذة المفعول فيما لم يرد به نص في القانون المدني الأردني، وهذا عكس ما فعل المشرع اللبناني حيث نص في المادة 1106من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في آذار سنة 1932 والمعمول به اعتباراً من 11 تشرين الأول سنة 1934 على أن:

((تبقى ملغاة جميع أحكام المجلة وغيرها من النصوص الاشتراعية التي تخالف قانون الموجبات والعقود أو لا تتفق مع أحكامه)).

وبناء عليه فإن نص المادة المذكورة أعلاه هو الواجب التطبيق في القانون الأردني وذلك لأن الكفيل بموته ثبت عجزه عن تسليم المكفول لا محالة.

وهذا التسليم التزام لا يصلح مال الكفيل، أي تركته وللإيفاء به ولكن الحكم يختلف إذا تعهد الكفيل بالنفس بأداء الدين عند عدم تسليم المكفول، فإذا ثبت عجز الكفيل بموته عن تسليم المكفول، وعجز الورثة عن ذلك، فإن الكفالة لا تنقضي، لأن مال الكفيل يصلح نائبا له.

(1) نص المادة 1104 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني.**

النوع الثاني: الكفالة بالدرك:

تعتبر الكفالة بالدرك من صور الكفالة التي كانت شائعة بين النـــاس وأجازهـــا الفقهـــاء المسلمون.

ويقصد بكفالة الدرك عند هؤلاء الفقهاء لضمان الثمن للبائع وللمشتري، فالبائع قد يطلب كفيلاً يضمن الثمن من أن يكون نقوداً مغشوشة أو حتى معيبة أو يضمن سلامة الـــثمن مـــن أن يكون مغصوباً أو مسروقاً، كما قد يطلب البائع بثمن مؤجل أو مقسط كفيلاً يضمن الثمن الذي في ذمة المشتري.

ونلاحظ أنه في المقابل قد يكون المشتري هو من يطلب كفيلاً يضمن رد الثمن إذا ظهر في المبيع عيب يستوجب الرد، أو ظهر أنه مستحق للغير أو أن هناك من هو أحـــق بـــه مـــن المشتري، كشفيع تمسك بحقه في الشفعة.

وقد يشمل الضمان جزءاً من الثمن عندما يظهر عيب في المبيع ولا يمكن رده، هنا يحق للمشتري أن يطالب باسترداد جزء من الثمن بمقابل عيب المبيع وله عندئذ أن يطلب كفيلاً يضمن له هذا الجزء من الثمن[1].

فهذا النوع من الكفالة لم ينص عليه كثير من القوانين المدنية العربية إلا أننا نلاحظ بأن المشرع الأردني والإماراتي قد نصا على هذا النوع من الكفالة مقتدين بمجلة الأحكام العدلية التي تعرضت لعدة أنواع من الكفالة ومن ضمنها كفالة الدرك.

لقد جاء تعريف كفالة الدرك في مجلة الأحكام العدلية حيث عرفتها بأنها هي كفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه، أو بنفس البائع إن استحق المبيع[2].

فكفالة الدرك هي كفالة يكون موضوعها ضماناً لخلوص المال المبيع من كل حق لغيـــر البائع، أي ضماناً لحقوق المشتري تجاه البائع إذا ظهر للمبيع مستحق، ومثال ذلك كما لو تبين أن المبيع مملوك لغير البائع أو مرهون[3].

فالكفالة بالدرك هي أيضاً من الكفالة بالتسليم وهي تعني أن يكفل شخص للمشتري بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس البائع إن استحق المبيع، فهي شرعت لتأمين حـــق المـــشتري فـــي مراجعة البائع في ثمن المبيع.

---

(1) الدكتور السالوس – علي ، مصدر سابق، ص145.

(2) نص المادة 616 من **مجلة الأحكام العدلية**.

(3) الزرقاء – مصطفى أحمد ، **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**، الجزء الأول، **المدخل الفقهي العـــام**، طبعـــة تاسعة، لسنة 1967–1968م، مطابع الأديب بدمشق، ص542.

بالنسبة للقانون المدني الأردني فقد نص في المادة 964 منه على أن الكفالة بالدرك: ((هي كفالة بأداء ثمن المبيع إذا استحق))، وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الحنفي الذي أخذت منه غالبية نصوص مجلة الأحكام العدلية.

ومثال ذلك كفيل البائع بالدرك لا يطالب إلا إذا صدر الحكم باستحقاق المبيع للغير وبإلزام البائع برد الثمن، فهذا الحكم مأخوذ من الفقه الإسلامي الحنفي وتقنينه مجلة الأحكام العدلية في مادتها (638)، وبنفس الوقت تطبيقا لقاعدة تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين المكفول، حيث أن البائع لا يلتزم برد الثمن إلا إذا قضي باستحقاق المبيع للغير ويرد هذا الثمن للمشتري، ففي هذه اللحظة ينشأ التزام البائع برد الثمن وينشأ كذلك تبعا لذلك التزام الكفيل بضمان أداء هذا الثمن وهذا ما تعرض له قانون المعاملات المدنية الإماراتي(1).

النوع الثالث: الكفالة بالتسليم:

تعتبر الكفالة بالتسليم النوع الثالث من أنواع الكفالة من حيث طبيعة المكفول به، وقد جاء تعريفها في مجلة الأحكام العدلية على أنها كفالة تسليم مال(2).

ومثال الكفالة بالتسليم كالكفالة بتسليم المبيع قبل القبض والمرهون، والسبب في ذلك لأنهما مضموناً بالتسليم، وذلك لأن المبيع على البائع والرهن على المرتهن، حيث نجد أن المكفول به مضموناً على الأصيل وهذا فعل التسليم، ولكن ما الحكم إذا هلك المكفول به هنا في هذه الحالة فلا شيء على الكفيل، لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل فلا يبقى على الكفيل.

فالكفالة بالتسليم عبارة عن الكفالة بتسليم العين من حيث الماهية، ويكون الكفيل مطالباً إذا كانت العين باقية، ولكن إذا تلفت سقطت عنه المطالبة من حيث الحكم(3).

فهذه الكفالة قد تكون بتسليم عين معينة موجودة في يد الغير، ومثال ذلك رد المغصوب إلى الغاصب، وكذلك تسليم المبيع إلى المشتري وغالباً ما تسمى بكفالة العين(4).

هذه هي أنواع الكفالة من حيث طبيعة المكفول به التي لم يشر لها كثير من القوانين المدنية العربية إلا أنها وردت جميعا في مجلة الأحكام العدلية وفي الفقه الإسلامي.

من خلال دراستنا لأنواع الكفالة من حيث طبيعة المكفول به نستنتج ما يلي:

---

(1) نص المادة 1067 من **قانون المعاملات المدنية الإماراتي** ويقابلها كذلك المادة 960 من **القانون المدني الأردني.**

(2) نص المادة 615 حيث تنص على أن الكفالة بالتسليم (الكفالة بالتسليم هو بتسليم مال).

(3) حيدر ـــ علي ، **شرح مجلة الأحكام العدلية**، مكتبة النهضة، بغداد، ص 623.

(4) الدكتور الزرقاء – مصطفى ، مرجع سابق، ص542.

أولا: أن الكفالة تنقسم في الأصل من حيث طبيعة المكفول به إلى ثلاثة أنواع الكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم والكفالة بالدرك.

ثانيا: إن التشريعات المدنية العربية التي نصت على أنواع الكفالة من حيث طبيعة المكفول به أخذت هذه الأنواع من الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة وأساس هذه التشريعات مجلة الأحكام العدلية التي ما زالت بعض القوانين تأخذ بها خصوصاً في حالة قصور النص أو انعدامه.

ثالثا: إن الواجب على الكفيل في الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول، وهو قادر عليه فإن عجز عن إحضار المكفول بعد بذل كل ما يمكن فلا شيء عليه، وفي هذه الحالة تتولى السلطات إحضاره إلى المحكمة سواء كان داخل البلاد أو خارجها، وذلك عن طريق الاتفاقيات التي تعقد بين الدول لتسليم المجرمين، أما الكفيل فيجوز فرض غرامات تهديدية عليه كما أشرنا آنفاً وكذلك الحال إذا امتنع عن إحضار المكفول. عدا عن إلزام الكفيل بدفع ما يجب على المكفول عنه، فيجب على الكفيل بالنفس أن يدفع ما وجب على المكفول بنفسه إذا لم يحضره.

رابعا: إن الكفيل بالنفس يضمن حق المكفول له، والسبب في ذلك لأنه لو لم يلزم الكفيل في تلك الحالة لضاعت حقوق الناس، عدا أن الهدف من الكفيل يراد منه التوثيق، وفي حالة عدم إلزامه بالضمان لا يكون للكفالة معنى أو حتى حاجة. هذا الحكم إذا فرط أو تساهل الكفيل في إحضار المكفول. أما إذا لم يفرط أو يتساهل في إحضار المكفول بل بذل كل ما في وسعه إلا أنه عجز عن إحضار المكفول فإنه في هذه الحالة لا يلزم بشيء مما على المكفول، والسبب في ذلك لأنه التزم بإحضار المكفول وعجز عنه بعد بذل كل الأسباب وكل ما يمكن بذله. وكل ذلك يؤدي إلى دفع الكفيل المطالبة ومتابعة المكفول عنه بإيصال الحق إلى صاحبه.

خامسا: إن الكفالة بالنفس تنتهي بتسليم محل الكفالة أو أداء محلها. أي بتسليم المكفول للمكفول له وتنتهي كذلك بموت المكفول وإعلان عجزه وإعساره كذلك.

سادسا: إن الكفالة بالتسليم هي عبارة عن الكفالة بتسليم عين ونحوها، والأعيان قد تكون مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الصلح عن دم العمد وبدل الخلع، وقد تكون هذه الأعيان مضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع وكذلك الرهن في يد المرتهن، وقد تكون أعيان بمثابة أمانة واجبة التسليم كالعارية والعين المؤجرة، وكذلك أعيان أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك.

سابعا: إن الكفالة بتسليم العين ونحوها واجبة التسليم ما دامت قائمة فإن هلكت فإن الكفالة تنقضي وذلك في الأعيان المضمونة بغيرها، ذلك قياساً على موت المكفول بنفسه في كفالة النفس فإذا هلك المكفول بنفسه فإن الكفالة تنقضي.

أما الأعيان التي تعتبر أمانة واجبة التسليم كالعارية والعين المؤجرة فيجوز فيها كفالة التسليم ويجب ضمانها حال التلف ولكن بمثلها إذا كانت مثلية وبقيمتها إذا كانت قيمية.

ثامنا: إن الكفالة بالدرك تعني التبعة أو المطالبة، وهذا النوع من الكفالة مأخوذ من مجلة الأحكام العدلية التي أخذته بدورها من أحكام الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني

أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في بيان أنواع الكفالة، فيرى الحنفية أن أنواع الكفالة ثلاثة: كفالة النفس، وكفالة العين، وكفالة الدين[1]، ويضيف بعضهم نوعاً رابعاً وهو الكفالة بالتسليم[2].

وهذا هو ما سارت عليه مجلة الأحكام العدلية في المواد ((613 ، 614 ، 615 ، 616)) حيث اعتبرت الكفالة أربعة أقسام: كفالة النفس، وكفالة المال، وكفالة التسليم، وكفالة الدرك، قال ابن عابدين:((الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدن أو عين))[3].

ويذهب المالكية إلى تقسيم آخر لأنواع الكفالة، فيجعلونها ثلاثة أنواع:كفالة المال، والوجه، والطلب. كما جاء في حاشية العدوي: ((الضمان ثلاثة أنواع: ضمان مال وضمان طلب وضمان وجه))[4].

وأما الحنابلة والزيدية[5] فيذهبون إلى تقسيم الكفالة إلى قسمين: كفالة المال، وكفالة البدن، ثم تنقسم كفالة المال إلى كفالة الدين والعين فقد جاء في كشاف القناع: ((الضمان التزام من يصح تبرعه .. دينا ـــ ثم قال: ـــ ويصح ضمان الأعيان المضمونة .. ثم قال: ـــ الكفالة بالنفس هي: التزام رشيد إحضار مكفول به))[6].

وأما بالنسبة للشافعية فيرون أن الكفالة تكون في الدين، والبدن، والعين، فيجعلون أنواعها ثلاثة فقط كما جاء في نهاية المحتاج: ((وشرعاً يطلق على التزام الدين والبدن والعين))[7].

---

(1) محمد أمين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (حاشية ابن عابدين)**، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، سنة النشر: 1386هـ، 281/5.

(2) مرجع سابق نفسه، 283/5. ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ـــ لبنان، 6 /250.

(3) **حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار، (حاشية ابن عابدين)**، محمد أمين، دار الفكر، بيروت، سنة النشر: 1386، الطبعة :: الثانية، ج5، ص281.

(4)العدوي /علي الصعيدي، **حاشية العدوي**، دار الفكر، 2 / 364. و: الدردير، أحمد، **الشرح الصغير على أقرب المسالك**، دار المعرفة، مصر، سنة النشر 1393هـ، 430/3.

(5) أحمد العنسي، **التاج المذهب لأحكام المذهب**، 139/4.

(6) البهوتي، **كشاف القناع**، 3 / 362.

(7) الرملي، **نهاية المحتاج**، 4 /432.

ويلاحظ أن هذا التقسيم عند الشافعية يرجع في الأصل إلى قسمين: كفالة النفس ــ البدن ــ وكفالة المال، حيث إن كفالة المال تشتمل على العين أو دين كما عند الحنابلة والزيدية.

وبدراسة ما سبق يتبين أن الخلاف بين الفقه الإسلامي في تعداد أنواع الكفالة خلاف لفظي، ليس له ثمرة تختلف به الأحكام، وإنما هو أمر تنظيمي لوضع الأحكام الخاصة بكل نوع منها في بحث مستقل، ولا مشاحة في الاصطلاح، وإلا فإن الأصل في الكفالة انقسامها إلى قسمين: كفالة بالمال تشمل الكفالة بالعين، وبالتسليم، وبالدرك، وكفالة بالنفس.

وإلى هذا أشار الزيلعي من الحنفية حيث جاء في تبيين الحقائق: ((وأنواعها في الأصل نوعان هما: كفالة بالنفس وكفالة بالمال، والكفالة بالمال نوعان: كفالة بالديون وكفالة بالأعيان...))[1].

فيرى الزيلعي أن الكفالة في الأصل نوعان هما: كفالة بالنفس وكفالة بالمال، ثم تنقسم كفالة المال إلى قسمين هما: كفالة الدين وكفالة العين.

وبما أن كفالة التسليم وكفالة الدرك تختلفان عن غيرهما في بعض الأحكام، لذلك نجد بأن الأنسب جعل كل منهما في مطلب مستقل، ولذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هي:

1. المطلب الأول: كفالة النفس.
2. المطلب الثاني: كفالة بالتسليم.
3. المطلب الثالث: الكفالة بالدرك.

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، 147/4.

المطلب الأول

الكفالـــــــة بالنفس

من أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي الكفالة بالنفس، ويذهب جمهور أهل الفقه من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، والمذهب عند الشافعية إلى الأخذ بها[1]؛ لقوله تعالى[2]: ((قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتنني به إلا يحاط بكم))[3]. ولقولـــه صـــلى الله عليه وسلم في حديث أبي أمامة ((الزعيم غرام)). وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها[4]. وخالفهم في ذلك الظاهرية، وبعض الشافعية، فلم يأخذوا بها[5]. فقالوا إن التزام الكفيل بغرم مـــال علـــى المكفول به من حق ماليي في حالة عدم القدرة على إحضاره فيه جور وأكل مال بالباطل؛ لأنه لم يلتزمه قط، وإن قيل بعدم غرم الكفيل فقد بطلت الكفالة بالنفس في حالة عدم إحضاره، ثم إن فيه غرر وجهالة لجواز تعذر التسليم، وتكليفه بما لا طاقة للكفيل به، ولأن الكفيل غير قـــادر علـــى تسليم المكفول به حيث لا ينقاد له بل يمانعه، ويدافعه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته علـــى مـــال نفسه(6). ولهذا منعوا الكفالة بالنفس وأجازوها في المال فقط خلافاً للجمهور القائلين بمشروعية الكفالة بالنفس والمال معاً، ويجاب عما استدل به المانعون بأن الكفيل قد التزم بالكفالـــة برغبتـــه ورضاه، واستعد لقضاء دين المكفول عنه عند تعذر حضوره، فليس فيه جور، ثم إن البحث عن المكفول به في الأماكن التي يرجى وجوده فيها وإحضاره ليس تكليف بما لا يستطيع فإن امتنـــع المكفول عنه عن الحضور مع الضامن فبإمكانه الاستعانة بالسلطة، وهذا في طاقته وقدرته. ثم إن الكفالة بالنفس من العقود المشهورة المتعارفة بين المسلمين من عهد الصحابة إلى يومنا هذا، ولم

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6 ص4. العبدري، **التاج والإكليل**، مصدر ســـابق، 112/5. البهـــوتي، **كـــشاف القناع**، مصدر سابق، ج3 ص 375. الصنعاني، **التاج المذهب**، مصدر سابق، 4 /351. ابن المرتضى، **البحـــر الزخار**، مصدر سابق، ج6ص70. الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، 4 /445.

(2)القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، دار الشعب، القاهرة، سنة النشر: 1372، الطبعة الثانية، 6 / 225.

(3) **سورة يوسف** آية 66.

(4) شيخي زاده، **مجمع الأنهار**، 2 / 124.

(5) ابن حزم، **المحلى**، 6 / 407. إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، **المهذب فـــي فقـــه الإمـــام الشافعي**، دار الفكر، بيروت، 1 /342.

(6) ابن حزم، المحلى، 6 / 407 . أبي لساغاني– الحسن، **الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبيـــر**، مكتبـــة المؤيد، بالطائف، 4 / 68. شيخي زاده، **مجمع الأنهار**، 2 / 125.

يعرف فيها الإنكار فصار إجماعاً(1).

ومما سبق يبدو للطالب بأن الراجح في ذلك ما ذهب إليه الجمهور من جواز الكفالة بالنفس لاحتياج الناس إلى الوثاقة بالنفس كالمال(2)، ولسلامة أدلتهم عن المعارضة، وضعف ما استدل به المانعون من عدم جواز الكفالة بالنفس.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء المجيزين للكفالة بالنفس في تعريفها فالحنفية يعرفونها بأنها: ضمان إحضار المكفول به. أي أن المضمون فيها هو إحضار المكفول به بنفسه إلى صاحب الحق، أو إحضاره إلى مكان يستطيع فيه صاحب الحق استيفاء حقه منه(3).

وعرفها الإمامية، والزيدية: بأن الكفالة تعهد بالنفس، أي التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له(4).

وعرفها المالكية بأنه: التزام الإتيان بالغريم عند حلول الأجل. ويطلقون عليه ضمان الوجه(5). أي أن الكفيل يلتزم بالإتيان بالمكفول به في الوقت الذي يستحق فيه دفع ما عليه من حق للمكفول له.

وعرفها الشافعية بأنها: التزام إحضار المكفول أو جزء شائع منه(6). فالكفيل يلتزم احضار المكفول به إلى صاحب الحق ليستوفي حقه منه، وهذا الالتزام إما أن يكون بجزء شائع منه كنصفه، أو ما لا يبقى بدونه كرأسه وقلبه وروحه.

وأما الحنابلة فعرفوها بأنها: التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حق مالي إلى مكفول له(7). فالالتزام لا بد أن يكون من رشيد مختار غير مكره، والملتزم فيه هو إحضار المكفول به بنفسه الذي تعلق بذمته حق مالي إلى صاحب الدين ليستوفي حقه منه.

ومما سبق يتبين أن الكفالة تتفق في المعنى عند الفقهاء وإن اختلفوا في صيغة التعريف، فالمقصود بالكفالة بالنفس أو بالوجه هو إحضار المكفول به للمكفول له. إلا أن تعريف الحنابلة يقيد الكفالة بالنفس بشرط وهو كون المكفول بنفسه عليه حق مالي للمكفول له. والأولى عدم التقييد بذلك؛ لتشمل الحق المالي وغيره من الحقوق التي يجيز بعض العلماء الكفالة فيها، كحقوق

---

(1) الساغاني، **الروض النضير** ، 4 / 69 .ابن المرتضي، **البحر الزخار**، 6 /71.

(2) ابن المرتضي، **البحر الزخار**، 6 /72.

(3) ابن الهمام، **فتح القدير**، 7 / 164

(4) العاملي، **الروضة البهية**، 4 /149. الصنعاني، **التاج المذهب**، 351/4.

(5) الصاوي، **بلغة السالك**، مصدر سابق، 3 / 449

(6) الرملي، **نهاية المحتاج**، 4 /445.

(7) الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، 3 /313

الآدميين من قصاص وحد قذف.

ويجب في الكفالة بالنفس على الكفيل إحضار المكفول به ــ وهو النفس ــ إذا طلبه المكفول له، وفاء بما التزمه(1). فإن لم يحضره فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

فذهب المالكية والحنابلة والزيدية والإمامية إلى أن الكفيل بالنفس يضمن ما على المكفول من الحق إذا لم يحضره أو امتنع عن إحضاره(2)؛ لعموم قول صلى الله عليه وسلم: ((الزعيم غارم)). فالزعيم شامل لكفيل المال وكفيل النفس، ووصف بأنه غارم وغرم الكفيل إلزامه بدفع ما يجب على المكفول عنه، وبناء على ذلك فيجب على الكفيل بالنفس أن يدفع ما وجب على المكفول بنفسه إذا لم يحضره.

وذهب الحنفية والشافعية إلى أن الكفيل بالنفس يحبس إذا لم يحضر المكفول بنفسه بعد الطلب بغير عجز؛ لأنه بذلك ممتنع عن إيفاء ما وجب عليه، فإن تبين للقاضي عجزه عن إحضاره لم يحبس، ولا يضمن شيئاً مما على المكفول إذا تعذر الاستيفاء منه(3)؛ لأن الكفيل إنما التزم إحضار المكفول بنفسه ولم يلتزم ما عليه وإلزامه بالغرم إلزام له بما لم يلتزمه، وذلك لا يجوز(4).

ومن خلال ما تقدم نجد بأن المالكية والحنابلة يذهبون إلى تضمين الكفيل بالنفس ما على الأصيل من حق إن لم يقدر أو امتنع عن إحضاره، ويفرق الحنابلة والشافعية بين كون الكفيل عاجزاً عن إحضار المكفول وبين كونه مقصراً في ذلك، ويرجع ذلك إلى قناعة القاضي، فإن رأى أنه مقصر في وفاء ما التزم به من إحضار نفس المكفول فإنهم يقولون بحبسه، وإن رأى أنه عاجز فلا يحبس، ولا يضمن ما على المكفول من حق في كلا الحالين؛ لأن الكفيل إنما التزم إحضار المكفول بنفسه ولم يلتزم ما عليه وإلزامه بالغرم إلزام له بما لم يلتزمه، وذلك لا يجوز.

وبناء على ما سبق نجد بأن الراجح أن الكفيل بالنفس إن فرط أو تساهل في إحضار المكفول بنفسه حتى ضاع حق المكفول له فإن الكفيل يلزم بالتضمين؛ لأنه لو لم يلزم الكفيل في تلك الحالة لضاعت حقوق الناس، والكفيل يراد منه التوثيق، وفي عدم إلزامه بالضمان بتلك الحالة لا يكون للكفالة معنى.

أما إذا لم يفرط الكفيل ولم يتساهل بل بذل كل ما في وسعه وعجز عن إحضاره فإنه لا

---

(1) شيخي زاده، **مجمع الأنهار**، 2 / 125 .

(2) الصاوي، **بلغة السالك**، 163/2. ابن قدامة، **المغني**، 357/4. الساغاني، **الروض النضير**،4 /69. العاملي، **الروضة البهية**، 4 / 152.

(3) شيخي زادة، **مجمع الأنهار**، 2 / 126. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، 4 / 148. الرملي، **نهاية المحتاج**، 450/4.

(4) المطيعي، **تكملة المجوع**، 14 / 46.

يلزمه شيء مما على المكفول، لأنه التزم الإحضار وعجز عنه بعد بذل كل الأسباب.

ويختلف قول الفقهاء في حكم كفالة بدن من عليه حد أو قصاص فلو طلب مدعي القصاص أو الحد من القاضي أن يأخذ كفيلا لنفس المدعى عليه حتى يحضر البينة فأجاز الحنفية والزيدية وأحد قولي الشافعية للقاضي قبول طلبه، مع التفريق بين ما هو حق لله تعالى كحد الزنا والسرقة وبين ما هو حد للآدمي، فصححوها في حقوق الآدمي، ومنعوها في حقوق الله تعالى(1)؛ لأن المكفول هو إحضار نفس من عليه القصاص أو حد القذف، وهو ممكن بإحضار الكفيل فتكون الكفالة به جائزة، ثم إنه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين(2).

ومن الشافعية من قال بجوازها في كافة الحدود من غير تفريق بين حد لله تعالى وحد للآدمي؛ لأن الحضور مستحق على الجاني فتصح الكفالة بإحضاره، وهو حق لازم فأشبه المال(3).

ومنع المالكية والحنابلة، وفي أحد قولي الشافعية من صحتها سواء كانت في حق لله تعلى أو للآدمي، لقوله صلى الله عليه وسلم: ((لا كفالة في حد))(4). فلم يفرق بين حد خالص لله تعالى أو حد لآدمي؛ ولأنه لا يقوم أحد عن أحد فيما مرجعه إلى البدن: لأن القصاص شرع زجرا, وبه تبقى الحياة وصونا للأعراض والأنساب والأموال كحد القذف والرجم والجلد وقطع السارق فلا يوقع بمن ليس الذنب منه، إذا تعذر عليه إحضار المكفول بها(5).

وبناء على ما سبق يتبين للطالب أن في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

قول بالجواز مطلقا، وقول بعدم الجواز مطلقا، وقول بالتفصيل بين ما هو حد لله تعالى فلا تجوز الكفالة به، وبين ما هو حد للآدمي فأجازوا الكفالة به.

ومما سبق يتبين أن الراجح هو القول بأن الكفالة ببدن من عليه حد صحيحة فيما كان من ذلك حق آدمي وغير صحيحة فيما كان حقا لله تعالى خالصا وذلك؛ لأن حق الله تعالى مبني على الدرء، والكفالة وثيقة فلا تناسب الدرء، وأما حقوق الآدميين فلا تنافي بينها وبين الدرء بالشبهات؛ لأن حضور المدعى عليه مجلس الحكم واجب بمجرد الدعوى فيناسبها الاستيثاق؛ ولأن الواجب

---

(1) شيخي زادة، **مجمع الأنهار**، 2 / 128. ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، 7 / 178– 180ابن المرتضى، **البحر الزخار**، 6 / 72. الصنعاني، **التاج المذهب**، 4/ 139. الرملي، **نهاية المحتاج**،4/ 446.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، 7 / 3418.

(3) الرملي، **نهاية المحتاج**، 4 / 447 .

(4) البيهقي– أحمد بن الحسين ، **السنن الكبرى**، مطبعة مجلس دائرة المعارف، الهند، 1350 هـ، **كتاب الضمان، باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق**، 6 / 77.

(5) الخرشي، **شرح مختصر خليل**، 6 / 34 . **المغني** ، ابن قدامة، 4 /358. الرملي، **نهاية المحتاج**، 4 / 447.

على الكفيل هو إحضار المكفول، وهو قادر عليه فإن عجز بعد بذل كل الأسباب فلا شيء عليه، وتتولى السلطات إحضاره إلى مجلس الحكم.

ومن أقسام الكفالة بالنفس عند المالكية ضمان الطلب هو التزام طلب الغريم والتفتيش عليه إن تغيب، ثم يدل عليه رب الحق وإن لم يأت به(1). فالمطلوب من الكفيل أن يطلب الغريم ويبحث عنه، ثم يدل المكفول له عليه في مكانه ليستوفي منه حقه وإن لم يحضره، وقيل إنه يشترك مع كفالة الوجه في لزوم الإحضار كما جاء في حاشية الدسوقي: ((وطلبه بما يقوى عليه في البلد وما قرب منه ... وحلف ما قصر في طلبه ولا بما يعلم موضعه فإن نكل غرم، وغرم إن فرط في الإتيان به أو في الدلالة عليه بأن علم موضعه وتركه حتى يتمكن رب الحق منه أو هربه))(2).

وعلى هذا فإنه يجب على الكفيل طلب المكفول عنه إذا كان حاضراً، والبحث عنه في البلد وما قرب منه إن جهل مكانه. أما إذا كان غائباً فإن الضامن يجب عليه البحث عنه في البلد وما يقرب منه، وذلك إذا كان يعلم موضعه ويستطيع الدلالة عليه عادة، فإن لم يستطع الدلالة عليه حاضراً أو لم يعلم مكانه غائباً فإنه لا يكلف بالتفتيش عليه، ولا يلزمه شيء ما لم يكن مفرطاً أو مهملاً، ويكفي في ذلك حلفه بعدم التقصير.

فإن كان الضامن مهملاً أو مفرطاً في ذلك لزمه ما على المضمون عنه(3) كما جاء في حاشية الدسوقي: ((وطلبه بما يقوى عليه في البلد وما قرب منه ... وحلف ما قصر في طلبه ولا بما يعلم موعه فإن نكل غرم، وغرم إن فرط في الإتيان به أو في الدلالة عليه بأن علم موضعه وتركه حتى يتمكن رب الحق منه أو هربه))(4).

ويضيف الحنابلة والحنفية قسماً آخر من أقسام الكفالة بالنفس وهو ضمان المعرفة وذلك بأن يضمن الكفيل معرفة إنسان بقوله: إني أعرفك من هو وأين هو(5)، وذلك بأن يجيء إنسان إلى آخر يستدين منه فيمتنع من إعطائه؛ لأنه لا يعرفه فيضمن شخص آخر معرفته فيداينه بناء على ذلك كما جاء في كشاف القناع: ((ضمان المعرفة أني أعرفك من هو وأين هو؟ فإن لم يعرفه من هو وأين هو ضمن ما عليه وإن عرفه ذلك فليس عليه أن يحضر))(6).

(1) الخرشي، **شرح مختصر خليل**، 6 / 22.

(2) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية، 346/3.

(3) أحمد الدردير، **الشرح الصغير**، دار المعارف، مصر، 1393هـ، 3 / 452.

(4) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، 3 / 346.

(5) البهوتي، **كشاف القناع**، 3 / 375.

(6) البهوتي، **كشاف القناع**، 3 / 375 .

ويوجب الحنابلة على الكفيل أن يبحث عن المكفول عنه بمعرفته ويعرف مكانه ثم يــدل عليه المضمون له، فإن لم يعرفه ولم يدل عليه ضمن ما عليه عندهم؛ لأن المضمون له لم يعطه إلا بناء على تعريفه له. ومن الحنابلة من يرى أن على ضامن المعرفــة إحــضار المــضمون بمعرفته فإن عجز عن إحضاره لزمه ما عليه لمن ضمن معرفته كما جاء في كــشاف القنــاع: ((ضمان المعرفة أني أعرفك من هو وأين هو؟ فإن لم يعرفه من هو وأين هو ضمن ما عليه وإن عرفه ذلك فليس عليه أن يحضر))(1).

ويرى أبو حنيفة ومحمد أن قول الكفيل: أنا ضامن لمعرفته لا يعتبر من الكفالة عنــدهم، وذلك لأن الكفالة فيها التزام المطالبة وهنا التزام المعرفة دون المطالبة، ويرى أبــو يوســف أن الكفيل يصير بهذا الكلام ضامناً؛ لأن عرف الناس بذلك يدل على الكفالة كما جاء فــي مجمــع الأنهار: ((لا تنعقد بأنا ضامن لمعرفته لأنه التزم معرفته دون المطالبة. وقال أبو يوسف يــصير ضامنا للعرف))(2).

وجاء في تبيين الحقائق: ((لا بأنا ضمان لمعرفته أي لا يصير كفيلاً بقوله أنا ضامن لك بمعرفة فلان، وقال أبو يوسف: يصير ضامنا للعرف، لأنهم يريدون به الكفالة، وجه الأول: أنه التزم المعرفة دون المطالبة))(3).

وبناء على ما سبق فإن الفقهاء متفقون في المعنى وإن اختلفوا في تعريف ضمان الطلب، وضمان المعرفة، ذلك أن مقصود المالكية بضمان الطلب: هو البحث عن الغريم ودلالة المضمون له على مكانه، وهذا هو معنى التعريف به، لأن التعريف به هو الإخبار من هو وأين هو وهذا لا يتم إلا بالبحث عنه ثم الدلالة عليه. وإن اختلفت بعض الألفاظ. وعلى هذا فإن المالكية والحنابلة وأبا يوسف من الحنفية يرون أن الكفيل ملتزم بالدلالة على المكفول عنه.

وكذلك يتفق المالكية والحنابلة على أن الكفيل إذا لم يدل على المكفول عنه فإن يلزمه ما عليه. ويرى أبو يوسف أن الأمر في ضمان المعرفة راجع إلى العرف، فإن كان العرف يقضي بالتضمين ضمن وإلا فلا. ومن خلال ما تقدم يرى الطالب بأن الرجح من الأقوال هو ما ذهــب إليه المالكية والحنابلة من لزوم تضمين الكفيل إن لم يدل على المكفول عنه، والسبب في ذلك هو أن الكفيل قد التزم بكفالة المكفول عنه برغبته ورضاه فيلزمه ما التزم به إلا إذا بذل جهده وعجز عن الدلالة عليه فلا يلتزم بضمان ما على المكفول عنه من حق.

---

(1) البهوتي، **كشاف القناع**، 3 / 375 .

(2) شيخي زاده، **مجمع الأنهار**، 2 / 125.

(3) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، 4 / 148 .

المطلب الثاني

الكفــــالــــة بالدرك

الدَرْك بفتحتين اسم من أدركت الرجل أي لحقته، وقد جاء في الحديث الشريف: ((تعوذوا بالله من جهد البلاء، ودرك الشقاء، وسوء القضاء، وشماتة الأعداء))[1]. فقوله: ((درك الشقاء)). أي من لحاق الشقاء، يقال: ما لحقك من درك فعلي خلاصه، ومنه ضمان الدرك. والدرك كـذلك التبعة أو المطالبة بفتح الراء وسكونها[2].

وقد عرفه فقهاء الحنفية بأنه ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، أو ضمان المبيع إن لحقه آفة[3].

وجاء تعريفه في مجلة الأحكام العدلية في المادة 616: الكفالة بالدرك: هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه، أو بنفس البائع إن استحق المبيع.

ونستنتج من هذا التعريف أن الكفالة بالدرك تنقسم إلى قسمان، أحدهما يتعلق بكفالة المال، والثاني يتعلق بكفالة النفس، وعلى هذا فليست الكفالة بالدرك قسماً منفرداً وإنما هي داخلـة فـي القسمان السابقان، إلا أن لها أحكاماً خاصة دعت الحاجة إلى بيانها في مطلب مستقل.

وبناءً على ما سبق فإن للمشتري أن يطلب كفيلاً بالدرك من البـائع إن خـرج المبيـع مستحقاً للغير، أو معيباً، وللبائع أن يطلب كفيلاً بالدرك من المشتري يضمن له المبيع بعد قبض المشتري له إن خرج الثمن المعين مستحقاً، أو مغشوشاً. وكفالة الدرك بهذا المعنـى صـحيحة وجائزة باتفاق الحنفية كما جاء في شرح فتح القدير: ((وعلى ضمان الدرك إجماع))[4]. وبهذا قال المالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7]. حيث جاء في المدونة: ((قلت أرأيت لو أني بعت من رجل وأعطيته كفيلا بما أدركه من درك أتجوز هذه الكفالة أم لا؟ قال: إن أعطاه كفيلا بما أدركه، فقال : إن أدركه فيها درك فعلي أن أرد الثمن، فالكفالة في هذا جائزة، وإن كان إنما أعطاه على أنه إن

---

(1)محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، كتاب القدر، 126/8.

(2) الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، 3 / 301.

(3) الكاساني، **بدائع الصنائع**، 6 / 9. شيخي زاده، **مجمع الأنهار**، 2 / 130.

(4) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، 6 / 298

(5) مالك بن أنس، **المدونة**، 5 / 269

(6) زكريا الأنصاري، **شرح البهجة**، 3 / 153 . الرملي، **نهاية المحتاج**، 4 / 439.

(7)إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، **المبدع في شرح المقنع**، المكتب الإسلامي، بيـروت، سـنة النـشر: 1400، 4 / 255.

أدركه فيها درك فعليه أن يخلصها له بالغة ما بلغت، فالكفالة في هذا باطل لأن هذا لا يلزم البائع، قال: والكفالة لا تلزم أيضا، قلت وهذا قول مالك قال هذا قوله وهو رأيي))[1]. وكذلك جاء في نهاية المحتاج: ((والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن))[2].

ولكن ظهور الاستحقاق في المبيع أو الثمن منه ما يبطل ملكية كل أحد في المستحق به كظهور المبيع وقفا أو مسجدا، وذلك كما لو ادعى متول الوقف: أن المبيع الذي في يد المشتري وقف، وأثبت ذلك وحكم له بالوقف، فيُبطل هذا الاستحقاق الملكية في المبيع، فلا يكون لأحد حق في تملك ذلك المال لا البائع ولا المشتري.

ومنه كذلك ما ينقل الملكية، كأن يشتري أحد مالا فيظهر أنه ملك لآخر، فهذا الاستحقاق ينقل ويحول ملكية ذلك المال من المشتري إلى ذلك الآخر وللمشتري مراجعة بائعه في ثمن المبيع[3].

وقد شرعت الكفالة بالدرك لتأمين حق المشتري في مراجعة البائع في ثمن المبيع، وتأمين حق البائع في مراجعة المشتري في المبيع إن خرج الثمن مستحقاً أو معيباً.

وتسمى أيضاً ضمان العهدة، وضمان الخلاص. فأما ضمان العهدة فهو التزام ما في العهدة وهي الصك المكتوب فيه الثمن والمثمن، فيرى أبو يوسف ومحمد من الحنفية أن ضمان العهدة جائز، وذلك لأن ضمان العهدة في العرف هو نفسه ضمان الدرك، وهو كذلك ضمان الثمن عند خروج المبيع مستحقا[4]. وهذا ما ذهب إليه الشافعية[5]، والحنابلة[6].

ويخالف أبو حنيفة الجمهور في ذلك فيرى أن ضمان العهدة يختلف عن ضمان الدرك. فالعهدة هي كتاب الشراء وهو للمشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه. وعلى هذا فإن أبا حنيفة يقول بعدم جواز ضمان العهدة، لأن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك وأحدهما هو الصك غير مضمون على الأصيل، فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك[7]، كما كما جاء في تبيين الحقائق: ((إنما لا يجوز لأن العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم، لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة، وهو ملك للبائع ولا يلزمه

(1) مالك بن أنس، **المدونة**، 5 / 269

(2) الرملي، **نهاية المحتاج**، 4 / 439.

(3) علي حيدر، **شرح مجلة الأحكام العدلية**، 3 / 624 بتصرف.

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، 7 / 3420.

(5) زكريا الأنصاري، **شرح البهجة**، 3 / 153 .

(6) البهوتي، **كشاف القناع**، 369/3.

(7) الكاساني، **بدائع الصنائع**، 7 / 3420.

التسليم، فإذا ضمن تسليمه إلى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد وعلى الدرك. فبطل الضمان للجهالة. وقال أبو يوسف ومحمد إن حملنا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغوا، فحملناه على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء ليصح معنى الضمان)).

وأما ضمان الخلاص فمختلف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه أبو يوسف ومحمد بن الحسن بناء على تفسيره عندهم. فيرى أبو حنيفة أن الخلاص معناه: تخليص المبيع لا محالة. وهذا غير صحيح، لأنه لا يقدر على ذلك، لأن المستحق لا يمكنه منه، ووافقه المالكية على هذا التفسير فمنعوا صحته[1].

ويرى أبو يوسف ومحمد أن معناه: تخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه، وهذا هو ضمان الدرك في المعنى، وعلى هذا المعنى يجيز ذلك أبو حنيفة، لأنه ضمن ما يمكن الوفاء به وإنما منع الأول لعدم القدرة على التخليص[2]، وجاء في تبيين الحقائق: ((ولا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد تجوز؛ لأن تفسيره عندهما تخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه، وهذا ضمان الدرك في المعنى، وأبو حنيفة يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا قدر على ذلك))[3].

ويتعلق ضمان الدرك بعين المبيع أو الثمن إن بقي وسهل رده، وبدله إن عسر رده، ومثل المثلي وقيمة المتقوم إن تلف[4].

ومما سبق نجد بأن ضمان العهدة والخلاص يدخلان في كفالة الدرك، إلا أن الإمام أبو حنيفة يخالف في ذلك فيرى أن ضمان العهدة يختلف عن ضمان الدرك، فيرى أن العهدة هي كتاب الشراء وعلى هذا فلا يجيزها.

وأما بالنسبة لضمان الخلاص فإن أبا حنيفة يخالف الجمهور في تفسير معنى الخلاص، فيرى أن معنى الخلاص: هو خلاص المبيع لا محالة، سواء كان قادراً عليه أم غير قادر، ولهذا قال بعدم جوازها لما فيها من تكليف الكفيل بما لا يستطاع.

والذي يرجحه الطالب هو ما ذهب إليه الجمهور لسلامة أدلتهم عن المعارضة، ولأن ضمان العهدة يمكن أن يحمل على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء فيصح معنى الضمان.

بالنسبة لضمان الخلاص فإن تفسيره عند الجمهو هو: تخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه، وهذا ضمان الدرك في المعنى، فليس في ذلك إلزام الكفيل بما لا يستطاع.

---

(1) مالك بن أنس، **المدونة**، 5 / 269

(2) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، 4 / 161.

(3) **تبيين الحقائق**، الزيلعي، 4 / 161.

(4) زكريا الأنصاري، **شرح البهجة**، 3 / 153 .

المطلب الثالث

الكفـــــــــالة بالتسليم

وهي الكفالة بتسليم المبيع للمشتري بعد قبض البائع الثمن، وتسليم الثمن للبائع بعد قبض المشتري للمبيع؛ لأنهما مضمونا التسليم، المبيع على البائع، والثمن على المشتري، فكان المكفول به مضموناً على الأصيل وهو فعل التسليم.

وقد عرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة 615 بقولها: ((الكفالة بالتسليم هـــي الكفالـــة بتسليم مال)). فهي كفالة بتسليم عين ونحوها كما عرفها ابن عابدين(1).

والحنفية يفرقون بين الكفالة بالعين المضمونة، والكفالة بالتسليم، وذلك أن الكفالة بالعين عبارة عن الكفالة بأداء ثمن العين، والكفالة بالتسليم عبارة عن الكفالة بتسليم العين.

وفي الكفالة بالعين يكون الكفيل مجبوراً على تسليمها عيناً إلى صاحبها إذا كانت موجودة بدلها إذا استهلكت، والكفيل لا يخلص بتلف العين. أما في الكفالة بالتسليم فإنه يكون مطالبـــاً إذا كانت العين باقية، وإذا هلكت فلا شيء على الكفيل، لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل فلا يبقى على الكفيل (2). وهذا القول هو قول جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة.

وأما المالكية فيرون أنه لا تصح الكفالة في أي عين من الأعيان سواء كانت مـــضمونة على من هي في يده كالمبيع، أو كانت أمانة كالعارية والوديعة ونحوها فقد جاء فـــي مختـــصر الخرشي: ((فلا يصح ضمان معين كمن باع سلعة معينة على أنها إن هلكت قبل القبض كان عليه عينها، وكذا إن باع على أنها إن استحقت لزمه عينها ...))(3).

وجاء كذلك في تبيين الحقائق: ((والكفالة بالمال نوعان: كفالة بالديون فتجوز مطلقـــاً إذا كانت صحيحة، وكفالة بالأعيان وهي نوعان: كفالة بأعيان مضمونة فتصح الكفالة بهـــا، وذلـــك كالمغصوب والمهور ونحو ذلك، وكفالة بأعيان هـــي أمانـــة غيـــر واجبـــة التـــسليم كـــالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصـــلاً، وكفالـــة بأعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة، أو بعين مضمونة بغيره كالمبيع فإن الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح))(4). وجاء أيضاً في كشاف القناع: ((ولا يصح ضـــمان الأمانـــات كالوديعة والعين المؤجرة ومال الشركة والمضاربة؛ لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذا

---

(1) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، 5 / 301.

(2) علي حيدر، **شرح مجلة الأحكام العدلية**، 3 / 623. الكاساني، **بدائع الصنائع**، 3416/7.

(3) الخرشي، **شرح مختصر خليل**، 6/ 24.

(4) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، 4/ 147.

على ضامنه، ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعواري والمقبوض على وجه سوم من بيع وإجارة))(1).

وعلى هذا يشترط في الكفالة بالتسليم أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل. فتصح الكفالة بتسليم الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض، والرهن، والأعيان التي هي أمانة واجبة التسليم كالعارية، والمستأجر في يد الأجير، ولا تصح كفالة العين التي هي أمانة غير واجبة التسليم مطلقاً عند الحنفية كالودائع ومال الشركات. فيلزم الكفيل بتسليمه ما دام قائماً فإذا هلك سقطت الكفالة، ولم يلزم الكفيل بشيء؛ لأنه إذا هلك هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به، فالبيع مضمون بالثمن، فإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري. فلا محل لمطالبة الكفيل بشيء بعد سقوط مطالبة الأصيل. وأما بالنسبة للأعيان التي هي أمانة واجبة التسليم فإذا هلكت لم يلزم الكفيل بشيء أيضاً؛ لأنه يهلك مجاناً لكونه أمانة(2).

من خلال دراستنا لأنواع الكفالة في الفقه الإسلامي يتضح للطالب ما يلي:

أولا: أن الكفالة تنقسم في الأصل إلى نوعين: كفالة بالمال، وكفالة بالنفس.

ثانيا: أن الكفالة بالمال تنقسم إلى كفالة بالتسليم، وكفالة بالدرك.

ثالثا: أن المالكية يضيفون إلى كفالة النفس ضمان الطلب، ويفسرونه بأنه التزام طلب الغريم والتفتيش عليه إن تغيب، ثم يدل عليه رب الحق وإن لم يأت به. ويضيف الحنفية والحنابلة ضمان المعرفة ويفسرونه بأنه: بأن يضمن الكفيل معرفة إنسان بقوله: إني أعرفك من هو وأين هو.

رابعا: إن الواجب في الكفالة بالنفس على الكفيل إحضار المكفول به ــ وهو النفس ــ إذا طلبه المكفول له، وفاء بما التزمه.

خامساً: يذهب المالكية والحنابلة والزيدية والإمامية إلى أن الكفيل بالنفس يضمن ما على المكفول من الحق إذا لم يحضره أو امتنع عن إحضاره.

وذهب الحنفية والشافعية إلى أن الكفيل بالنفس يحبس إذا لم يحضر المكفول بنفسه بعد الطلب بغير عجز، ولا يضمن شيئاً مما على المكفول.

سادساً: إن الراجح أن الكفيل بالنفس إن فرط أو تساهل في إحضار المكفول بنفسه حتى ضاع حق المكفول له فإن الكفيل يلزم بالتضمين، أما إذا لم يفرط الكفيل ولم يتساهل بل بذل كل ما في وسعه وعجز عن إحضاره فإنه لا يلزمه شيء مما على المكفول.

---

(1) البهوتي، **كشاف القناع**، 370/3.

(2) محمد أمين، **الدر المختار مع رد المحتار**، 4/ 262ــ 274، الدردير، **الشرح الكبير**،333/3، الدردير، **الشرح الصغير**، 431/3ــ434، الشيرازي، **المهذب**201/2، البهوتي، **كشاف القناع**، 356/3.

سابعاً: إن الفقهاء يختلف في حكم كفالة بدن من عليه حد أو قصاص، فأجاز الحنفية والزيدية وأحد قولي الشافعية كفالة بدن من عليه حد للآدمي، ومنعوا ما هو حق لله تعالى كحد الزنا والسرقة.

ومن الشافعية من قال بجوازها في كافة الحدود من غير تفريق بين حد لله تعالى وحد للآدمي. ومنع المالكية والحنابلة، أحد قولي الشافعية المنع من صحتها سواء كانت في حق لله تعلى أو للآدمي.

ثامناً: إن الراجح صحة كفالة بدن من عليه حد فيما هو من حقوق الآدميين.

تاسعاً: إن الكفالة بالتسليم هي عبارة عن الكفالة بتسليم عين ونحوها، والأعيان قد تكون مضمونة بنفسها أو بغيرها, وقد تكون أعيان بمثابة أمانة واجبة التسليم، أو أعيان أمانة غير واجبة التسليم.

عاشراً: إن الكفالة بتسليم العين ونحوها واجبة التسليم ما دامت قائمة فإن هلكت فإن الكفالة تنقضي وذلك في الأعيان المضمونة بغيرها.

أما الأعيان التي تعتبر أمانة واجبة التسليم كالعارية والعين المؤجرة فيجوز فيها كفالة التسليم ويجب ضمانها حال التلف ولكن بمثلها إذا كانت مثلية وبقيمتها إذا كانت قيمية.

الحادي عشر: إن ظهور الاستحقاق في المبيع أو الثمن منه ما يبطل ملكية كل أحد في المستحق به كظهور المبيع وقفاً أو مسجداً. ومنه ما ينقل الملكية، كأن يشتري أحد مالا فيظهر أنه ملك لآخر.

الثاني عشر: إن الكفالة بالدرك شرعت لتأمين حق المشتري في مراجعة البائع في ثمن المبيع، وتأمين حق البائع في مراجعة المشتري في المبيع إن خرج الثمن مستحقاً أو معيباً.

الثالث عشر: أن الكفالة بالدرك تسمى أيضاً ضمان العهدة، وضمان الخلاص. عند أبو يوسف ومحمد من الحنفية والشافعية، والحنابلة.

ويخالف أبو حنيفة الجمهور في ذلك فيرى أن ضمان العهدة يختلف عن ضمان الدرك. ويخالف أيضاً في ضمان الخلاص فلا يجيزهما.

الرابع عشر: أن كفالة الدرك يتعلق بعين المبيع أو الثمن إن بقي وسهل رده، وبدله إن عسر رده، ومثل المثلي وقيمة المتقوم إن تلف.

المطلب الرابع

المقارنة بين أنواع الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

بعد أن تعرضنا لأنواع الكفالة في التشريع الوضعي و أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي ولا يفوتنا ونحن بصدد المقارنة بين أنواع الكفالة في التشريع الوضعي وأنواع الكفالة في الفقه الإسلامي أن نشير إلى أن الفقه الإسلامي قد ذكر بعض أنواع الكفالة لم نتطرق إليها عند دراستها في الفقه الإسلامي والسبب في ذلك أن جمهور الفقه الإسلامي لم يأخذ بها أو يجيزها، ونضيف إلى ذلك أن هذه الأنواع التي ذكرها بعض الأئمة المسلمين وانفردوا بها هي تأتي ضمن الأنواع المشار إليها عند دراستنا لأنواع الكفالة في الفقه الإسلامي وهذا ما أشار إليه نفي الأئمة المسلمين الذين أخذوا بها. ومن هذه الأنواع كفالة العهدة وضمان الطلب والكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص وكفالة الخلاص.

فعند دراستنا لأنواع الكفالة في كل من التشريع الوضعي والفقه الإسلامي وجدنا التشابه الكثير والاختلاف القليل، والسبب في ذلك لأن القوانين العربية استمدت أنظمتها في الكفالة والتأمينات الشخصية من الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر التاريخي لكثير من الأحكام التشريعية، وزادوا عليها بأن توسعوا في ذلك وبما استمدوه من القانون الفرنسي الذي أساسه قانون نابليون وهو يحتوي على ألفين ومائتين وثمانين مادة أي أن بعض التشريعات العربية اتجهت إلى الأخذ بتقنينات استيقت أحكامها من التقنينات الغربية، إلا أن الشريعة الإسلامية بقيت هي المصدر الرسمي الأصلي في كثير من المسائل الشخصية بالنسبة للمسلمين.

لهذا ولكل ما تقدم فإننا نحصر اوجه الاختلاف والتشابه للمقارنة بين أنواع الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي في النقاط التالية :

أولا: يقسم التشريع الوضعي الكفالة من حيث مصدر الالتزام إلى كفالة قانونية واتفاقية وقضائية.

في حين أن الفقه الإسلامي يرى بأن الكفالة تنقسم من حيث مصدر الالتزام الى كفالة اتفاقية فقط.

ثانيا: نجد كذلك بأن التشريع الوضعي يقسم الكفالة أيضاً من حيث طبيعة العقد إلى كفالة مدنية وكفالة تجارية .

في حين أن الفقه الإسلامي لم يتعرض لهذا النوع من التقسيم ولم يذكره كما فعل التشريع الوضعي .

ثالثا: يتفق التشريع الوضعي والفقه الإسلامي على تقسيم الكفالـــة مـــن حيـــث المكفول به إلى: كفالة بالنفس، و كفالة بالدرك، و كذلك كفالة بالتسليم.

رابعا: اتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالكفالة بالنفس على إلزام الكفيل بإحضار المدين إلى الدائن في وقت الحاجة إليه.

فإن لم يحضره فقد ذهبت بعض التشريعات الوضعية إلى أن للمحكمة أن تفرض عليه في مثل هذه الحالة غرامة تهديدية وذلك ما لم يظهر عجزه، فإن ظهر عجزه فللمحكمة أن تعفيه من هذه الغرامة.

وأما بالنسبة للرأي الراجح في الفقه الإسلامي فقد ألزم الكفيل في هذه الكفالة بضمان ما على المدين إن لم يحضره في حالة تفريطه وتساهله في إحضار المدين حتى ضاع حق الدائن.

وأما إن ظهر عجز الكفيل عن إحضار المكفول مع بذل وسعه فإن الفقه الإسلامي يتفـــق مع التشريع الوضعي في عدم إلزام الكفيل بشيء.

خامسا: بالنسبة لكفالة بدن من عليه حد أو قصاص فقد اتفق التشريع الوضـــعي ومع ما أخذ به المالكية والحنابلة، وفي أحد قولي الشافعية في عدم الأخذ بها مطلقا.

القسم الثاني

انقضاء الكفالة ودفوعها

ويشتمل على بابين:

الباب الأول: وانقضاء الكفالة وأثارها.

الباب الثاني: دفوع الكفالة.

الباب الأول

انقضاء الكفالة وأثارها

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : انقضاء الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: آثار الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي .

الفصل الأول

انقضاء الكفالة في التشريع الوضعي

والفقه الإسلامي

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: انقضاء الكفالة في التشريع الوضعي.

المبحث الثاني : انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي .

المبحث الأول

انقضاء الكفالة في التشريع الوضعي

لقد تقدم بأن عقد الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي المكفول، أي أن عقد الكفالة ينشئ في ذمة الكفيل التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي ، كما أنه يعمل على الوفاء به وكذلك فهو متصل به وجوداً وعدماً ، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي المكفول يؤثر في التزام الكفيل . ومن ثم فهو ينقضي بانقضاء الالتزام الأصلي بصفة تبعية ، مما يعني أن التزام الكفيل ينقضي بمجرد انقضاء الالتزام الأصلي . وبجميع الأسباب التي ينقضي بها الالتزام الأصلي المكفول .

وبالرغم من ذلك فإن التزام الكفيل له مقوماته الخاصة به ، فهو يخضع في نشوئه وانقضائه إلى القواعد العامة التي تنظم كافة الالتزامات من حيث صحته وبطلانه ووجوده وانعدامه ، الأمر الذي يعني إمكانية انقضائه مستقلاً عن انقضاء الالتزام الأصلي بجميع أسباب الانقضاء لأنه متميز بمقومات خاصة ، نابعة من عقد مستقل ، ألا وهو عقد الكفالة .

لذلك فإذا تحقق سبب من أسباب الانقضاء انقضى التزام الكفيل رغم بقاء الالتزام الأصلي قائماً وهناك أسباب خاصة بالكفالة ينقضي بها التزام الكفيل بصفة أصلية أيضا .

فمن المعلوم بأن الالتزامات إما أن تنقضي بالوفاء وإما أن تنقضي بما يعادل أي الوفاء بمقابل أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة وإما أن تنقضي بدون الوفاء أي بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم .

وبناء على ما تقدم فأننا سوف ندرس في هذا المبحث انقضاء الكفالة في التشريع الوضعي ضمن مبحثين ، نخصص الأول لدراسة انقضاء الكفالة بصفة أصلية بينما المبحث الثاني لدراسة انقضاء الكفالة بصفة تبعية ، ضمن فرعين لكل مطلب.

المطلب الأول

انقضاء الكفالة بصفة أصلية

بما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي ، يبقى ببقائه ، وكذلك ينقضي بانقضائه، ومن جهة أخرى له مقوماته الخاصة به ، وشروط لصحته ووجوده . الأمر الذي يعني أنه يمكن أن تنقضي بطريق أصلي إذا انقضت الكفالة نفسها بسبب من أسباب انقضاء الدين دون أن ينقضي الدين المكفول ، أو انقضت الكفالة بأوجه خاصة بها دون غيرها . وبمعنى أدق فإن المقـــصود بانقضاء الكفالة بصفة أصلية هو أن تنقضي الكفالة مع بقاء التزام المدين قائماً .

لذلك فإن أسباب انقضاء الكفالة بصفة أصلية متعددة ، منها ما هو عام يتعلق بعقد الكفالة ذاته ومنها ما هو خاص سببه سلوك خاطئ من الدائن بعقد الكفالة ذاته يرتب عليه القانون براءة ذمة الكفيل وسقوط حق الدائن في الرجوع عليه .

لأجل ذلك سوف ندرس في هذا المطلب أسباب انقضاء الكفالة بصفة أصلية ضمن فرعين :

الفرع الأول : الأسباب العامة لانقضاء الكفالة

الفرع الثاني : الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة

الفرع الأول

الأسباب العامة لانقضاء الكفالة

من المؤكد أن ينقضي التزام الكفيل بسبب من أسباب انقضاء الالتزام فتنقضي الكفالـــة، حيث أن التزام الكفيل له مقوماته وله ما لغيره من خصائص لذلك يمكـــن أن ينقـــضي بجميـــع الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات عموماً فإذا وفى الكفيل التزامه للدائن أو قضاه عن طريـــق الوفاء بمقابل أو عن طريق التجديد أو عن طريق المقاصة أو التقادم أو الإبراء أو اتحاد الذمة ، فأنه يكون قد قضي التزامه ككفيل وقضي في الوقت نفسه الدين المكفول ، ونجد بأن هناك سبعة أسباب عامة ينقضي بها التزام الكفيل دون أن ينقضي الدين المكفول وهي :

السبب الأول : بانقضاء التزام الكفيل بالوفاء .

ينقضي عقد الكفالة ذاته إذا قام الكفيل بوفاء الدين المكفول للدائن ، فـــإذا اســـتوفى الدائن حقه من الكفيل ، فإنه يترتب على ذلك انقضاء الكفالة كليـــاً أو جزئيـــاً حـــسب طبيعـــة الوفاء(1).

فهذا الوفاء المترتب عليه انقضاء الكفالة بصفة أصلية و بسب عام من أسباب الانقضاء ،يشترط فيه أن يكون مستوفيا لشروطه فلا يكون بما لا يملكه الكفيل أو من كفيل غير أهل للقيام به (2).

نلاحظ مما تقدم بأنه لا يترتب على استيفاء الدائن لحقه من الكفيل انقضاء التزام الكفيـــل وبالتالي انقضاء عقد الكفالة فقط، بل يمتد اثر هذا الوفاء إلى ابعد من ذلك إذ ينقضي معه الـــدين الأصلي المكفول .

السبب الثاني : انقضاء التزام الكفيل بالوفاء بمقابل .

يترتب على الوفاء بمقابل انقضاء الكفالة بصفة أصلية إذا أدى الكفيل شيئاً للدائن بمقابل الدين الأصلي المكفول وقبل الدائن ذلك , فقد برئت ذمة الكفيل من هذا الدين وبالتالي انقـــضي التزام الكفيل ، الأمر الذي يؤدي انقضاء الالتزام الأصلي المكفول وبالتالي إلي انقضاء الكفالـــة وكان للكفيل الموفي بمقابل أن يتمسك به كوجه لدفع مطالبة الدائن له بالدين .

---

(1) الشرقاوي : جميل ، التأمينات الشخصية والعينية في القانون ، ص71 ، منصور – مصطفى منصور ، عقد الكفالة ، ص 68 .

(2) الدكتور الموسى – محمد بن إبراهيم ، نظرية الضمان الشخصي ، مكتبة العبيكان للنشر والتوزيع الرياض ، لسنة 1999م، ص 631 .

ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقي إذا تلاه أيدع للدائن ،أو أي أجراء مماثل بشرط قبول الدائن ذلك ، أو صدور حكم نهائي بصحته (1).

و نبني على ما تقدم بأنه إذا لم يوف الكفيل إلا جزء من الدين المكفول، ففي هذه الحالــة لا تبرأ ذمه الكفيل و لا ذمة مدينه إلا بالقدر الذي وفاه .

السبب الثالث : انقضاء التزام الكفيل بالتجديد .

تنقضي الكفالة إذا انقضى الدين المكفول بالتجديد، أي بتغير الكفيل، أو اســتبدال التــزام الكفيل بالتزام أصلي، بحيث يصبح التزامه في نفس الدرجة مع التزام المدين، كأن يجدد المــدين الأصلي بمدين آخر أو بتغيير الدائن أو بتغيير الدين في محله أو مصدره.

يتضح للطالب بأن التجديد يؤدي حتماً إلى انقضاء الدين المكفول وكذلك تنقضي الكفالــة تبعاً لانقضائه ، ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول إلا إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك .

السبب الرابع :انقضاء التزام الكفيل بالمقاصة .

ينقضي التزام الكفيل بطــريق أصلي بالمقاصة إذا أصبــح الكفــيل دائنا للـــدائن ، و يستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة في أي وقت ، أما بالنسبة للدائن فلا يمكنه التمسك بالمقاصة ألا إذا كان قد قام بإجراءات مطالبة الكفيل أو التنفيذ على أمواله ،وذلك لأن التزام الكفيل والحالة هذه لا يكون مستحق الأداء ومن ثم ، لا يعتبر صالحاً للمقاصـــة (2).

كذلك هو الحال بالنسبة للمدين فلا يمكنه التمسك بالمقاصة ، والعلة في ذلك لأنه لا يملك أية مصلحة في ذلك ،إذ يستوي عنده ،أن يدفع الدين للدائن أو للكفيل ، لكن إذا وقعت المقاصـــة بين الكفيل و الدائن ، فإن الكفيل يحل محل الدائن في مواجهة المدين ،ويرجع عليه بما وفاء عنه

السبب الخامس: انقضاء الكفالة باتحاد الذمة.

يترتب على اتحاد ذمة الكفيل وذمة الدائن انقضاء الكفالة ، فينقضي التزام الكفيل دون أن ينقضي الدين المكفول ، ويتحقق ذلك إذا مات الدائن ،ورثه الكفيل فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة فإن التزام الكفيل ينقضي بصفة أصلية ،والسبب في ذلك لأن الكفيل قد ورث الدائن فأصبح دائناً لنفسه ،ولا ينقضي الديــن المكفول لنفــس العلة ،ويستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بالــدين نفسه ، باعتباره دائناً لا باعتباره كفيلاً قد وفي الدين لأن كفالته، قد انقضت .

---

(1) عيسس ــ العاقب، رسالة ماجستير بعنوان عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، لسنه 1998م.

(2)– عبد الباقي – عبد الفتاح ،مرجع سابق ،ص128 وما بعدها . وسعد – نبيل إبراهيم ،مرجع سابق،ص361.

وعند دراسة عقد الكفالة واحتمالات وفاة أحد أطرافه نجد بأن لاتحاد الذمة خمسة حالات هي:

الحالة الأولى : إذا مات الدائن وورثه الكفيل ، في هذه الحالة ينقضي التزام الكفيل وتنقضي الكفالة كذلك ،لأن الكفيل قد ورث الدائن فأصبح دائنا لنفسه .

الحالة الثانية: إذا مات الدائن وورثه المدين ،تبرأ ذمة الكفيل ،لاتحاد ذمة الدائن والمدين في شخص واحد وهو المدين إذ إن المدين أصبح دائناً ومديناً في وقت واحد.

الحالة الثالثة : إذا مات المدين وورثه الدائن ، تبرأ ذمة الكفيل وبالتالي ينقضي التزامه مما يؤدي إلى انقضاء الكفالة ،والسبب في ذلك لاتحاد ذمة المدين والدائن في شخص واحد، بشرط أن يكون المدين موسراً فإذا كان المدين معسراً فلا ينقضي التزام الكفيل ، ويكون للدائن الرجوع عليه ،لأن شخصية الوارث لا تعتبر امتداد لشخصية المورث .

الحالة الرابعة : إذا مات المدين وورثه الكفيل ،لا ينقضي التزام الكفيل .

الحالة الخامسة : إذا مات الكفيل وورثه المدين ، لا ينقضي التزام الكفيل ، فكل ما في الأمر هو أن يسقط الأجل في حق الكفيل ويحق للدائن الرجوع حالاً على تركة الكفيل .

السبب السادس : انقضاء التزام الكفيل بالإبراء .

تنقضي الكفالة إذا ابرأ الدائن الكفيل من الكفالة ، إذ في هذه الحالة برئت ذمة الكفيل دون أن ينقضي الدين المكفول فيكون الدائن في هذه الحالة قد نزل عن الكفيل واستبقي المدين الأصلي .

أما إذا ابرأ الدائن أحد الكفلاء فلا تبرأ ذمة الباقين وتجوز مطالبتهم كلٌ بقدر الحصة التي كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين(1).

والعكس غير صحيح فيما تقدم ، بحيث إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي ،فإن الكفالة تنقضي حتماً بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلي ، فلا يستطيع الدائن والحالة هذه أن يتبقى الكفالة بعد إبرائه للمدين الأصلي من الالتزام المكفول(2).

أن تقادم التزام الكفيل يؤدي إلي انقضاء ، الكفالة لانقضاء هذا لالتزام دون أن ينقضي الدين الأصلي المكفول . فإذا انقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي بقي التزامه قائما أما التزام الكفيل الذي لم ينقطع سريان التقادم بالنسبة إليه فإنه ينقضي بالتقادم .

فالتقادم ينقطع بعمل صادر من المدين هو إقراره بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً، إذ إ ن إقرار المدين بحق الدائن يعتبر بمثابة نزول عن التمسك بالمدة الماضية(1).

---

(1) أمام – محمد علي ،مرجع سابق ،ص178

(2) السنهوري – عبد الرزق ،الوسط، ج10 –ص227

والسؤال الذي يثور هنا ما الحكم إذا تقادم الدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل، كان يتخذ أي إجراء من شانه قطع التقادم في موجهة الكفيل فقط ؟.

إن الإجراءات التي من شأنها قطع التقادم بالنسبة للدين الأصلي فقط دون التزام الكفيل فإنها لا تسري في موجهة المدين ، حتى وكانا متضامنين فيما بنيهما ، فإن التزام الكفيل ينقضي على ذلك ، لكن ليس بصفة أصلية ، بل بصفة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم(2).

وعليه فإن التزام الكفيل ينقضي بالتقادم، بصفة أصلية دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، وإن كان غالباً، ما يسري التقادم بالنسبة للدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه إلى التزام الكفيل، فينقضي الدينان في الوقت ذاته أي في وقت واحد .

كما أنه يمكن أن يتقادم التزام الكفيل دون تقادم الالتزام الأصلي ويقصد بذلك الدين الأصلي، وذلك إذا ما قطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلي دون أن ينقطع بالنسبة للكفيل ، ففي هذه الحالة فأن استمرار مدة التقادم في السريان بالنسبة للكفيل ينقضي بمضي المدة، بينما يبقى الالتزام الأصلي موجوداً وذلك لانقطاع مدة التقادم بالنسبة إليه.

وللكفيل علاوة على ذلك أن يتمسك ببطلان الكفالة وفقاً للقواعد العامة حتى ولو كان الالتزام الأصلي صحيحا، وله كذلك أن يتمسك بما يرد على التزامه من أوصاف لعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ(3). أضف إلى ذلك كله أن للكفيل التمسك ببراءة ذمته لانقضاء التزامه بصفة مستقلة بأي سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء من جانب الكفيل و بكافة الأسباب العامة لانقضاء التزامه السابق ذكرها .

نلاحظ مما تقدم بأنه لا يترتب على استيفاء الدائن لحقه من الكفيل انقضاء التزام الكفيل وبالتالي انقضاء عقد الكفالة فقط ، بل يمتد اثر هذا الوفاء إلى ابعد من ذلك إذ ينقضي معه الدين الأصلي المكفول.

---

(1) هذا هو حكم المادة 384 من القانون المدني المصري .

(2)عبد الباقي، عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص 230 ، وسعد ــــ إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 364 .

(3) الشرط الواقف : هو الذي يترتب على تحققه وجود التزام.

* الشرط الفاسخ : هو الذي يترتب على وقوعه زوال الالتزام / سلطان ــــ أنور، الموجز في النظرية العامة للالتزام ،الجزء الثاني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، لسنة 1964 ، ص 192 .

الفرع الثاني

الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة

لقد سبق القول بأن الكفيل يعتبر مدينا احتياطيا وليس مدينا أصليا، إذ إنه يلتزم بأن يفي بالدين المكفول إذا لم يف به المدين نفسه، فالهدف من تقديم كفالته هو تقوية ائتمان المدين الأصلي وليس القيام بالوفاء بدينه، فمن الطبيعي أنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين، والمشرع المدني العربي لم يقف مكتوف الأيدي حيال ذلك، بل الزم الدائن بأن يمتنع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يضيع، أو حتى يضعف حق الكفيل، ورتب له جزاءً مناسباً، ألا وهو براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن أو أضعفه.

فبإضافة للأسباب العامة التي تؤدي إلى انقضاء الكفالة بصفة أصلية، توجد كذلك أسباب خاصة لانقضاء التزام الكفيل، فهذه الأسباب سبق أن تعرضنا لها بشيء من التفصيل عند دراسة الفصل الأول من هذه الباب، والأصل فيها هو براءة ذمة الكفيل بقدر ما يصيبه من ضرر نتيجة خطأ من الدائن، إذ إن أفضل تعويض فرضه المشرع على الدائن هو براءة ذمة الكفيل.

وعليه فالأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة، تؤدي إلى انقضاء التزام الكفيل في مواجهة الدائن، مما يستتبع معه انقضاء الكفالة، والأسباب التي حددها المشرع

لانقضاء الكفالة بطريق أصلي دون انقضاء الدين هي : -

السبب الأول : - إضاعة التأمينات بخطأ الدائن.

السبب الثاني: عدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره.

السبب الثالث: عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.

والجدير بالذكر أن هذه الأسباب ليست تطبيقاً للقواعد العامة، وإنما هي أسباب خاصة تنقضي بها الكفالة بطريقة أصلية، ولسبق الحديث عنها، فإننا سوف ندرسها بشيء من الإيجاز على النحو التالي: -

السبب الأول : - إضاعة التأمينات بخطأ الدائن

يرتب على إضاعة الدائن للتأمينات الخاصة بالدين وبخطأ منه، براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، ودون أن ينقضي الدين الأصلي، وبالتالي انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن، وغالبا ما يكون التأمين يساوي قيمة الكفالة، ففي هذه الحالة تنقضي الكفالة دون أن ينقضي الدين الأصلي.

والهدف من هذا السبب المؤدي إلى انقضاء الكفالة دون الدين الأصلي هو أن الكفيل عندما يفي للدائن بدينه، يرجع على المدين ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات تكفل الوفاء

بالالتزام الذي وفاه الكفيل، إذ تقلل من احتمال حصوله على حقه عند الرجوع، فيجعل المشرع براءة ذمة الكفيل جزاءً على خطأ الدائن، الذي نتج عنه إضاعة التأمينات الضامنة للدين المكفول، ويشترط لانقضاء الكفالة بموجب هذا السبب، أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً، ويشترط كذلك أن تكون إضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن، كما يشترط أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن ذا قيمة، وأن يترتب على إضاعة التأمين ضرر للكفيل، وأن يتمسك الكفيل بهذا السبب وهو إضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطأ الدائن.

فإذا توافرت شروط هذا السبب فقد رتب المشرع العربي على ذلك أن من حق الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في مواجهة الدائن الذي يطالبه بالوفاء، ولا يفوتنا هنا أن نشير إلى أن براءة ذمة الكفيل تكون بمقدار قيمة التأمين الضائع، فإن كانت قيمته تساوي الدين كله برئت ذمة الكفيل من ضمان كل الدين وان ضاع ما يساوي جزءاً منه فقط برئت ذمته بمقدار هذا الجزء[1] .

وعليه فالأساس القانوني لانقضاء الكفالة بإضاعة التأمينات هو كون التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ، وبالتالي فهو يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين إذا ما وفى الدين المكفول، فيستفيد من التأمينات الضامنة للدين، مثلما كان يستفيد منها الدائن، لأنه يحل محله في هذا الحق، بماله من خصائص، وكذلك بما يلحقه من توابع، وما يضمنه من تأمينات.

السبب الثاني: عدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره.

هذا السبب من الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة قضت به كثير من تشريعاتنا المدنية العربية، إذ نصت على أن الكفالة تنقضي إذا تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين دون أن ينقضي الالتزام في الدين الأصلي، وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل [1] .

ولا يفهم مما سبق، أن ذمة الكفيل، تبرأ بمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين أو لمجرد أن الدائن قد أطال أجل الالتزام المكفول، أو تأخر في مطالبة المدين بالدين عند حلوله أجله، حتى ولو ترتب على هذا أن أعسر المدين، فأصبح رجوع الكفيل عليه عديم الفائدة، لأن المشرع العربي قد جعل حداً لتأخر الدائن، أو إهماله، أو مماطلته في اتخاذ الإجراءات ضد

---

(1) هذا هو حكم المادة 784 من القانون المدني المصري، يقابل هذا النص القانوني في القوانين العربية المادة 1027 من القانون المدني العراقي و المادة 1089 من قانون الموجبات والعقود اللبناني وكذلك المادة 780 من القانون المدني السوري والمادة 656 مدني جزائري.

(1) هذا هو حكم المادة 785 مدني مصري والمادة 1079 موجبات وعقود اللبناني والمادة 751 مدني سوري والمادة 981 مدني أردني والمادة 1036 مدني عراقي والمادة 657 مدني جزائري .

المدين، وبنفس الوقت لم يجعل الكفيل ملتزما بعقد الكفالة إلى ما لا نهاية دون أجل، فقد حدد وقت يجوز للكفيل فيه إنذار الدائن بوجوب اتخاذ الإجراءات ضد المدين، عند حلول أجل الدين الأصلي المكفول، إذ إن العبرة من الإنذار هو حمل ودفع الدائن لمطالبة المدين بوفاء الدين، ويبدو للطالب كذلك بأن المشرع العربي لم يكن موحداً بخصوص مدة الإنذار وهذا ما أشرنا له في مكان متقدم من الدراسة .

وعليه فإذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، خلال مدة الإنذار المنصوص عليها في كل تشريع، فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل نهائياً، وتنقضي الكفالة بصفة أصلية لتوافر السبب الخاص الذي نحن بصدد دراسته ، مع بقاء الدين الأصلي المكفول، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً، لاستيفاء ما قد يدفعه للدائن، ونشير هنا بأنه إذا ثار خلاف حول كفاية أو عدم كفاية الضمان، فيرجع في تقديره لقاضي الموضوع.

بالنسبة للمشرع الأردني بخصوص هذا السبب لانقضاء الكفالة فقد استقاه من القوانين المدنية العربية، التي لا تسمح للدائن في مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين، في حين أن القانون المدني الأردني يجيز للدائن مطالبة الكفيل قبل المدين، لذلك وبموجب التشريع الأردني فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا إذا كان الكفيل قد أنذره بضرورة اتخاذ الإجراءات ولم يقم بها الدائن سواء في مواجهته المدين أو في مواجهة الكفيل خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار .

بالنسبة للمشرع العراقي وبخصوص حكم الفقرة السابقة نلاحظ أنه قد أجاز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم وفاء المدين به، إن يطالب المدين بتخليص ذمته من الكفالة أو بأن تقدم له ضماناً، ويبقى له هذا الحق حتى ولو منح الدائن المدين مهلة دون رضاء الكفيل، ويكون للكفيل أيضا هذا الحق قبل حلول الدين، إذا أفلس المدين أو أعسر، وهذا ما نصت عليه المادة 1036 من القانون المدني العراقي.

السبب الثالث: عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.

تظهر أهمية هذا السبب عندما يكون المدين تاجراً وأشهر إفلاسه، إذ يترتب على إشهار الإفلاس حلول أجل الدين أو أجل الالتزام المكفول، فتكون طريق الدائن للحصول على حقه مفتوحة وهي التقدم بالدين في التفليسة، فإذا لم يتقدم الدائن بدينه في التفليسة كان للكفيل أن يتمسك في مواجهته بدفع أو بدعوى ببراءة ذمته من قدر الدين يساوي ما كان يحصل عليه الدائن لو أنه تقدم في التفليسة(2) .

فيترتب على عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين، أن تبرأ ذمة الكفيل وبالتالي انقضاء التزام الكفيل، مما يعني أن الكفالة قد انقضت دون أن ينقضي الدين الأصلي المكفول، أي أن

(2) منصور ، مصطفى منصور، عقد الكفالة ، ص 73.

الدين الأصلي يبقى قائماً، فقد نصت المادة 786 مدني مصري على أنه : " إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين وألا سقط حقه في الرجوع إلى الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن " وهذا ما أكدته المادة 1073 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة 978 مدني أردني وكذلك المادة 1028 مدني عراقي و المادة 752 مدني سوري والمادة 658 مدني جزائري.

لهذا فإذا أفلس المدين فلا يجوز للكفيل أن يدخل في تفليسة إلا إذا كان قد وفى الدين للدائن، أما قبل ذلك أي إفلاس المدين، فلا يحق للكفيل أن يدخل في تفليسة المدين، إذ إن حق الدخول في التفليسة يبقى للدائن وحده، لأجل ذلك فرض القانون على الدائن أن يدخل في تفليسة المدين ليس حفاظاً على حقه فقط ، بل حفاظاً أيضاً على حق الكفيل وكذلك منعاً للضرر الذي يمكن أن يصيبه بسبب عدم قدرته الدخول في هذه التفليسة، لأن الدخول في التفليسة هو الطريقة الوحيدة لحصول الدائن على حقه أو جزء من حقه على نحو يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل أو التخفيف من التزامه.

فعند عرض نص المادة 978 من القانون المدني الأردني التي نصت على أنه: " على الدائن إذا أفلس مدينه أن يتقدم في التفليسة بدينة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر " نلاحظ أن كلا من القانون المدني الأردني والعراقي قد نص على أن الدائن إذا أضاع التأمينات الموثقة للدين بخطأ منه، فإن ذمة المدين تبرأ بقدر ما أضاع من هذه التأمينات (المادة 784 مدني مصري والمادة 1027 مدني عراقي) في حين أن المشرع الأردني لم ينص على هذا السبب الخاص براءة ذمة الكفيل .

ونشير هنا بأن التزام الدائن بالدخول في تفليسة المدين لا يحتاج إلى إخطار من الكفيل، بل عليه أن يبادر إليه من تلقاء نفسه، وإلا جاز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته، لأن هذا الحق ليس من النظام العام فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ويمكن للكفيل أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً.

وبدراسة ما سبق وربطه بانقضاء الكفالة يتضح للطالب بأن ذمة الكفيل تبرأ بصفة أصلية و بالتالي ينقضي التزامه مما يترتب عليه انقضاء الكفالة، وذلك لعدة أسباب هي :

أولاً : إذا تبين أن عقد الكفالة باطل لأي سبب من أسباب البطلان، ففي هذه الحالة يحق للكفيل التمسك بالبطلان كما أشرنا ودفع مطالبة الدائن له، مما يترتب عليه براءة ذمته وبالتالي لم يلزم بالوفاء بالدين المكفول به.

أما إذا كان الكفيل قد وفى بالدين بموجب عقد باطل كان له الحق في رفع الدعوى لاسترداد ما دفع، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرار لها بقولها: " إن للكفيل الحق بالرجوع على المكفول له، بما كان قد دفعه إليه إذا كان العقد الذي جرى بموجبه الدفع باطلا(1)

ثانياً : إذا كان عقد الكفالة مشوباً بعيب من عيوب الرضا، إذ يحق للكفيل إن يتمسك بهذا العيب و ذلك بقصد التخلص من التزامه تجاه الدائن.

ثالثاً : إذا كانت الكفالة مؤقتة وحل موعد انتهائها كأن يكفل الكفيل المدين بعدم مغادرة البلاد في حلول شهر نيسان من عاما ألفين وخمسة حل الموعد ولم يكن الدين قد انقضى بالوفاء، وهذا ما نصت عليه المواد (953و 991) من القانون المدني الأردني.

رابعاً : إذا كانت الكفالة معلقة على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط، كأن تكون الكفالة لحين حضور شخص من مكان معين، تحقق هذا الشرط ولم يكن الدين قد انقضى بالوفاء انتهت الكفالة بتحقق الشرط، هذا ما أكدته المواد (659- 662) من مجلة الأحكام العدلية.

خامساً : إذا أحال الدائن الدين المكفول أو جزءً منه على آخر حوالة مقبولة من المحال له والمحال عليه واشترط في الحوالة براءة ذمة الكفيل فقط، وهذا ما نصت به المادة 992 من القانون المدني الأردني.

سادساً : إذا صالح الكفيل الدائن عن الباقي من الدين على قدر منه واشرط براءة ذمة الكفيل وحده، وهذا ما قضت به المادة 989 من القانون المدني الأردني.

ولا يفوتنا أن نشير هنا بخصوص الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بأنه لا تبرأ ذمة الكفيل ولا ينقضي التزامه إلا إذا تمسك بهذه الأسباب الخاصة بحقه، سواء بدفع، أو يرفع دعوى على الدائن، إذ إن هذه الأسباب الخاصة لا تقع بقوة القانون، فهي ليست من النظام العام، الأمر الذي يتطلب معه تمسك الكفيل بها.

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 237/ 63 ص 499 سنة 1963.

المطلب الثاني

انقضاء الكفالة بصفة تبعية

لقد بدا للطالب بأن التزام الكفيل لا يقوم بمفرده بل لابد إن يرتكز على التزام أصلي يعمل على ضمان الوفاء به، وهو تابع لهذا الالتزام في وجوده وفي صحته وفي انقضائه، وبما أن محل التزام الكفيل كما رأينا هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي المكفول، ولكون التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، الأمر الذي يترتب عليه انقضاء الكفالة بمجرد انقضاء الالتزام الأصلي المكفول بأي سبب من أسباب انقضاء الدين، فمتى ما انقضى الالتزام الأصلي انقضى التزام الكفيل تبعاً له، فإذا برئت ذمة المدين الأصلي لأي سبب كان برئت ذمة الكفيل سواء أكان متضامناً أم غير متضامن، كما تبرأ تبعاً لذلك ذمة كفيل الكفيل.

فانقضاء الالتزام الأصلي أي الدين المكفول يكون بأسباب متعددة هي: الوفاء وبما يعادل الوفاء من تجديد وإنابة ومقاصة واتحاد في الذمة وبالوفاء بمقابل، كما تنقضي بما دون الوفاء كالإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم مما يتطلب منا دراسة هذه الأسباب ضمن فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول : انقضاء الكفالة بالوفاء وبما يعادل الوفاء .

الفرع الثاني : انقضاء الكفالة بما دون الوفاء .

الفرع الأول

انقضاء الكفالة بالوفاء وبما يعادل الوفاء

ينقضي التزام الكفيل بصفة تبعية لانقضاء التزام المدين، إذ أن التزام الكفيل لا يقوم بمفرده بل لابد من أن يرتكز على التزام أصلي يكون هدفه هو الوفاء به، وهو تابع لهذا الالتزام في وجوده، وفي صحته وفي انقضائه.

فإذا انقضى التزام المدين لأي سبب من أسباب الانقضاء وقت مطالبة الدائن الكفيل به، فإن للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه، وفي هذا الفرع سوف ندرس أول سبب من أسباب انقضاء التزام المدين وهو وفاء المدين بدينه، وكذلك انقضاء الكفالة بما يعادل الوفاء ضمن حالاتين:

الحالة الأولى : انقضاء الكفالة بوفاء الدين.

إذا قام المدين الأصلي بوفاء الدين المكفول للدائن، وترتب على ذلك أن الدائن قد استوفى حقه كاملاً، فإن التزامه ينقضي، وينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيل، حيث أن انقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء به يسري على الكفيل العادي وعلى الكفيل المتضامن، لأن الكفيل المتضامن هو أيضا مدين تابع لا يلتزم بصفة أصلية، ولا يقوم التزامه إلا بقيام التزام المدين، في حين أن المدين المتضامن لا تبرأ ذمته، إذا برئت ذمة مدين متضامن آخر معه في مواجهة الدائن بسبب آخر غير الوفاء بكل الدين(1) .

فالوفاء قد يقوم به المدين وقد يقوم به شخص آخر، فيشترط في وفاء أي منهما لكي تنقضي الكفالة وبالتالي براءة ذمة الكفيل، أن يكون الموفي مالكا للشيء الموفى به، و أن يكون كذلك أهلاً للتصرف فيه، كما يشترط أن يكون الوفاء بكامل الدين، ويترتب على عدم تحقق الشروط السابقة أن يكون الوفاء غير صحيح (2) .

وكذلك تقرير البطلان بالنسبة للوفاء، مما يستتبع عودة الالتزام الأصلي إلى الوجود، وكذلك عودة التزام الكفيل، وذلك بطريقة التبعية(3) .

فإذا لم يوف المدين إلا بجزء منه وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئي برئت ذمة الكفيل والمدين بقدر هذا الجزء الموفى به فقط، ويبقى للدائن في هذه الحالة الحق في الرجوع على كل من المدين أو الكفيل بالجزء الباقي، وإن وفى غير المدين بالدين، وحل محل الدائن الذي استوفى

---

(1) هذا ما نصت عليه المادة 284 من القانون المدني اليمني والمادة 285 من القانون المدني المصري والمادة 317 مدني أردني .

(2) د. منصور، مصطفى منصور، عقد الكفالة، ص 68.

(3) د. مرقس، سليمان، مرجع سابق سابق، ص 152.

حقه، فإن ذمة الكفيل لا تبرأ وبالتالي لا تنقضي الكفالة، لأن ذمة المدين الأصلي لا تبرأ ويحق للموفي أن يرجع عليه بذات دين الدائن وبصفاته وتأميناته ود فوعه بموجب قواعد الوفاء مع الحلول، ولا يفوتنا هنا أن نبين بأنه إذا تم الوفاء ممن لا مصلحة له فيه واعترض المدين على هذا الوفاء من الغير لدى الدائن و كان لاعتراضه أسبابا معقولة في هذه الحالة كان للدائن أن يرفض الوفاء من الغير كما نصت عليه المادة 317 / 2 من القانون المدني الأردني، وبنفس الوقت جاز له أن يقبله، فإن قبلة فلا يجوز للموفي أن يرجع بعد ذلك على المدين وتبعا لذلك لا يحق له أن يرجع على كفيل المدين.

ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقي الذي يتبعه الإيداع، إذا قبلة الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته، وذلك طبقاً لنص المادة 337من القانون المدني الأردني والمادة 339 مدني مصري والمادة 381 مدني يمني والمادة 1090موجبات وعقود الثاني. وعليه فينقضي التزام المدين عن طريق الأعذار و العرض والإيداع وذلك في حالة رفض الدائن الوفاء أو قيام ما نع يحول دون الوفاء فيلجأ المدين إلى إنذار الدائن وعرض الشيء محل الوفاء عليه ومن ثم إيداعه صندوق المحكمة أو دائرة التنفيذ وفقا للإجراءات التي ينص عليها القانون، فإن التزام المدين والحالة هذه ينقضي وينقضي تبعا لذلك التزام الكفيل.

إلا أنه إذا صدف وأن رجع المدين في العرض وقبل الدائن هذا الرجوع عاد التزام المدين إلى الوجود، وبالتالي لا يجوز للدائن أن يرجع بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين، مما يعني أن ذمة الكفيل تبرأ بهذا الرجوع المقبول من قبل الدائرة ، وهو ما نصت عليه المادة 340 /1 مدني مصري والمادة 2/328 مدني الجزائري والمادة 338 من القانون المدني السوري.

ووفقا للقواعد العامة يفترض أن يعود التزام الكفيل كذلك، غير أن المشرع العربي رأى أن الرجوع عن العرض والإيداع باتفاق الدائن والمدين، لا يجوز أن يكون سبباً في الإضرار بالكفيل الذي انقضى التزامه، فقبول الدائن رجوع المدين، يفقده حقه من تأمينات الدين، ومن بينها الكفالة، وعليه فالمشرع المدني العربي، قد قرر بأن عودة الدين باتفاق الدائن والمدين، لا يجب أن يضر الكفيل الذي كسب حقاً في انقضاء الكفالة .

أما إذا حصل الرجوع عن العرض قبل أن يقبله الدائن و قبل أن يصدر حكم نهائي بصحته، فيصح هذا الرجوع، ويعتبر كأنه لم يكن، فلا تبرأ ذمة المدين ولا ذمة الكفيل، لأن الدين لم ينقضي(1).

وإذا تعددت الديون في ذمة المدين للدائن، وكانت من جنس واحد، وكفل الكفيل أحد هذه الديون، وكان ما أداه المدين لا يفي بكل هذه الديون، فيحق للمدين أن يعين جهة الدفع أي يعين الدين الذي يرغب الوفاء به، ما لم يوجد مانع قانوني، أو تعاقدي يحول دون هذا التعيين، فإذا قام المدين بتعيين الدين المكفول عند الوفاء، برئت ذمة الكفيل، ومن ثم انقضت الكفالة، أما إذا عين ديناً آخر، بقي التزامه قائماً .

وإذا لم يبين المدين الدين الذي يريد الوفاء به، كان الخصم من حساب الدين الذي حل أجله، أو من الدين الأشد كلفة، وعند ئد يعتبر المدين قد وفى بالدين المكفول، لأنه يعد أشد تكلفة، فالوفاء به لا يقتصر على إبراء ذمة المدين في مواجهة دائنة بل يبرأ ذمة الكفيل أيضا، فيتقدم عندئذ على غيرة في الوفاء إن لم يكن هناك ديناً أشد منه كلفة (2).

فان كانت الكفالة بجزء من الدين، ووفي المدين بما لا يكفي لسداد كل الدين، ويذهب الرأي الذي نفضله إلى أن المدين يعتبر قد وفى بالجزء المكفول فتبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك، مما يؤدي إلى انقضاء الكفالة، على أساس أن هذا الجزء هو الأكثر كلفة على المدين، وتفسيراً للشك في مصلحة المدين أي الكفيل وليس الدائن (3).خصوصاً إذا اشترط الكفيل صراحة كفالة جزء من الدين، واشتراطه بأن وفاء المدين بأي جزء يعتبر إبراء لذمته.

فالنتائج التي خلصنا لها بصدد دراسة هذا السبب من أسباب انقضاء الكفالة بصفة تبعية هي :

النتيجة الأولى : – تنقضي الكفالة إذا ستوفى الدائن حقه من المدين أو من غيره، وبهذا الوفاء تنقضي الكفالة كليا أو جزئيا بحسب الوفاء، ويشترط أن يكون الوفاء مستوفيا لشروطه فلا يكون بما لا يملكه الموفي أو من شخص غير أهل للقيام به.

---

(1) هذا هو حكم كل من المادة 328 مدني أردني والمادة 1/340 مدني مصري والمادة 1/382 مدني يمني والمادة 338 مدني سوري والمادة 2/275 مدني جزائري.

(2) تناغو، سمير عبد السيد، مرجع سابق سابق، ص 102.

(3) عبد الباقي، عبد الفتاح، تأمينات الشخصية العينية، ص 216 وتناغو، مرجع سابق سابق، ص 102، ويرى الاستاذ الشهوري أن المدين يعتبر في هذه الحالة قد وفي بالجزء غير المضمون بالكفالة وذلك تغليبا لمصلحة الدائن، الوسيط ، ج1، ص 214، هامش (1).

النتيجة الثانية : – إذا حصل الوفاء بالالتزام الأصلي من قبل غير المدين، لا ينقضي التزام الكفيل وبالتالي لا تنقضي الكفالة، إذ يبقى مسؤولاً عن الوفاء تجاه، الموفي الذي حل محل الدائن، حتى لا يكون الدين قد انقضى بالرغم من وفائه ويبقى التزام الكفيل قائماً .

الحالة الثانية : انقضاء الكفالة بما يعادل الوفاء

فالقانون المدني في كثير من التشريعات العربية قد تعرض لأربعة أسباب، لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وهي الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة، واتحاد الذمة، الأمر الذي يدعونا لدراستها كلاً على حده وبشيء من الإيضاح على النحو التالي:

أولاً : انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل .

فإذا تم الوفاء بالالتزام الأصلي بمقابل وقبل الدائن من المدين أن ينقل إليه استيفاء لحقه، ملكية شيء آخر غير الشيء الذي التزم به المدين أصلا، قام هذا مقام الوفاء وبرئت بذلك ذمة المدين مما يؤدي إلى انقضاء الكفالة أيضا ، كقيام المدين بنقل ملكية شيء إلى الدائن، مقابل الدين، وقبل الدائن ذلك، فإنه يترتب عليه براءة ذمة المدين، وينقضي التزام الكفيل تبعاً له لذلك فتسري عليه الأحكام التي أشرنا أليها قبل قليل بشأن الوفاء لذلك ينقضي الدين بالوفاء بمقابل وينقضي تبعاً له التزام الكفيل كضمان من ضماناته فقد نصت المادة 783 من القانون المدني المصري على أنه : " إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولوا ستحق هذا الشيء ". ويقابل هذا النص في التشريعات المدنية العربية المواد التالية : المادة 1029 مدني عراقي . والمادة 749 مدني سوري . والمادة 977 مدني أردني موافقة . والمادة 792 مدني ليبي . والمادة 1096 لبناني موافقة . والمادة 665 مدني سوداني . والمادة 285 مدني جزائري.

إلا أن المشرع العراقي قد أضاف استثناء في آخر المادة، وهو أنه إذا كان الدائن قد احتفظ لنفسه بحق الرجوع على الكفيل في هذه الحالة فإنه يرجع على الكفيل إذا ثبت أن ما استوفاه كان مستحقا لأحد وذلك خلافا للقوانين المدنية العربية الأخرى، التي جعلت من قبول الدائن للوفاء بمقابل سبباً لانقضاء التزام المدين وكذلك سبباً لانقضاء التزام الكفيل وبالتالي انقضاء الكفالة.

فالتكييف القانوني للوفاء بمقابل، وفقاً للرأي الراجح في الفقه، هو عملية مركبة من التجديد والوفاء(1)، إذ في الوقت الذي يقبل فيه الدائن مقابلاً، يستعيض به عن الشيء المستحق، ويكون كذلك قد قام بتجديد الدين القديم، وذلك بتغير محله ويترتب على التجديد أن ينقضي الدين بتأميناته ومنها الكفالة، وينشأ دين جديد هو الذي يوفي به المدين، وبالتالي لا يعود الدين القديم بتأميناته، حتى ولوا استحق المقابل الذي دفعه المدين للدائن ففي هذا الحالة، لا يملك إلا الرجوع على المدين بضمان الاستحقاق، أو بضمان العيوب الخطية ، إذا وجد عيب في الشيء الذي نقل مقابل الدين.

وعليه فتبرأ ذمة الكفيل، بمجرد الوفاء بمقابل، حتى ولو استحق هذا الشيء، إلا أن المشرع الأردني يرى أن ذمة الكفيل لا تبرأ إذا استحق ما استوفاه الدائن للغير، فيبقى الدين في ذمة المدين ويبقى أيضا في ذمة الكفيل(2) في حين ذهب المشرع المصري والعراقي إلى أن ذمة الكفيل تبرأ وأن استحق الشيء الموفي به، وفي ذلك اعتبار إلى أن الوفاء بمقابل يعني تجديد الدين الأول الذي ينقضي بكافة ضماناته.

ومن جانبنا يبدو للطالب بأن المدين هو الذي يقدم شيئاً مملوكاً له في مقابل الدين، وبالتالي تنقضي الكفالة تبعاً لانقضاء الدين الأصلي حتى ولو استحق الشيء الذي استوفاه الدائن للغير، أما إذا كان الكفيل هو الذي قدم المقابل، واستحق هذا المقابل، فلا تبرأ ذمة الكفيل، بل للدائن أن يرجع عليه بضمان الاستحقاق، وفقاً للقواعد العامة(3).

نخلص القول بأن الكفيل هو المستفيد وحده من الوفاء بمقابل، إلا إذا فسخ الوفاء بمقابل، فإن الدين الأول يعود وتأميناته، بما في ذلك الكفالة.

كما نجد بأنه إذا استحق الشيء الذي أعطاه المدين للدائن في مقابل حقه كان له أن يرجع إلى المدين بضمان الاستحقاق، فالدين المنقضي لا يعود ولا يعود كذلك التزام الكفيل إذا تبين أن المقابل مملوك للغير وإنما يقتصر حق الدائن على الرجوع بالضمان.

ثانياً : انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالتجديد و الإنابة .

تنقضي الكفالة إذا انقضى الدين المكفول بالتجديد، ويتجدد الدين من خلال ثلاثة طرق:

---

(1) يتزعم هذا الرأي السنهوري، الوسيط ، ج 10، ص 217./ د. منصور ، مصطفى، مرجع سابق ، ص 69.د. تناغو، سمير ، مرجع سابق ، 103/ د. مرقس، سليمان ، مرجع سابق ، 153/ د. سعد ، نبيل، مرجع سابق ، ص 354.

(2) هذا ما نصت عليه المادة 342 مدني أردني .

(3) السنهوري، عبد الرزاق ، الديون ، ج 10، ص 28، وأبو السعود، رمضان، مرجع سابق سابق، ص 132.

الطريقة الأولى: تغيير الدين، كأن يتفق الطرفان أي الدائن والمدين أن يستبدلا بـــالالتزام الأصلي التزاما جديداً يختلف عنه في محله أو مصدره.

الطريقة الثانية : بتغيير المدين الأصلي بمدين آخر .

الطريقة الثالثة : بتغيير الدائن بأية طريقة من طرق التغيير، ويترتب على تحقــق أيـــة طريقة من الطرق الثلاث السابقة الذكر انقضاء الدين المكفول مما يستتبع معه انقضاء الكفالة تبعاً له، ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول إلا بثلاثة حالات هي :

الحالة الأولى : إذا نص القانون على ذلك .

الحالة الثانية: إذا تبين من الاتفاق أن التأمينات تنتقل إلى الدين الجديد.

الحالة الثالثة : إذا تبين من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك، حيث نصت المادة 356 من القانون المدني المصري على أنه :

" 1. يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد.

2.ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك ". وهذا ما نصت عليه المادة 1090 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة 354 مدني سوري والمادة 396 مدني يمني والمواد 287و 291 من القانون المدني الجزائري.

وعليه فيظهر للطالب بأن المشرع العربي قد أجاز انتقال التأمينات التي كانـــت تـــضمن الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد بما في ذلك الكفالة بنص القانون– كما في حال تجديد الالتزام المقيد في حساب جار يقطع رصيد هذا الحساب وإقراره، وهذا ما قضت به المادة 2/353 مـــن القانون المدني السوري. وإما باتفاق ذوي الشأن وفي هذه الحالة لابد من رضا الكفيل، حيـــث لا يكون التجديد بمجرد تقييد الالتزام في حساب جار، وهذا ما أكدته المادة 358 من القانون المدني المصري والمادة 398 من القانون المدني اليمني و المادة 293 من القانون المدني الجزائري.

ويجب كي يرتب التجديد آثاره، ومنها انقضاء الكفالة، أن يكون الالتزامان القديم والجديد، قد خلا كل منها من أسباب البطلان، كما يجب أن تكون نية التجديد واضحة، حيث أن التجديد لا يفترض، بل يجب الاتفاق عليه صراحة، واستخلاصه بوضوح من الظروف حسب النـــصوص سابقة الذكر عند الحديث عن التجديد، إذ أن التجديد لا ينتج من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث في الالتزام من تغييرات لا تتناول إلا زمان الوفاء أو مكانة، أو كيفية الوفاء بـــه،

ولا مما يدخل على الالتزام من تعديلات لا تتناول إلا التأمينات، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك[4].

وبدارسة ما سبق نلاحظ بأن المشرع المدني العربي قد عبر عن نيته من خلال النص على أنه يترتب على التجديد براءة ذمة الكفيل ما لم يعلن قبوله لكفالة الدين الجديد، و السؤال الذي نطرحة في هذا المقام، هل يعني ذلك عدم عودة الكفالة مرة أخرى مع عودة الدين الأصلي للوجود، إذا أبطل الالتزام الجديد؟

قبل الإجابة على هذا السؤال لابد للطالب من طرحه بصورة سهلة واضحة تصل إلى القارئ بكل وضوح، وهي ما مصير عقد الكفالة، إذا ما تقرر إبطال الالتزام الجديد؟

لقد ذهب اتجاه إلى أنه إذا تم تجديد الدين القديم بدين جديد، فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل نهائياً. [5] وبدارسة هذا الاتجاه نجد بأنه إذا تقرر إبطال التجديد فإن الالتزام القديم (المكفول) يعود للوجود وحده، دون القول بصورة الكفالة معه، وان هذا الاتجاه يستند في ذلك إلى اعتبار التجديد بمثابة الوفاء بمقابل، ولما كان الوفاء بمقابل عبارة عن تجديد الدين بتغيير المحل، والوفاء بالدين الجديد، فهو إذن عملية قانونية مركبة كما سبق أن أشرنا، تجديد ووفاء، وعليه فإن ما يسري على الوفاء يسري على التجديد.

في حين ذهب اتجاه أخر [3]إلى أنه إذا تقرر أبطال التجديد لأبطال الالتزام الجديد، عادت الكفالة، وبتمعن هذا الاتجاه نجد بأنه الوفاء بمقابل لا يمكن تطبيقه على التجديد أو العكس، لأن ما جاء على خلاف القياس، لا يقاس عليه.

و من جهتنا نؤيد ما ذهب إليه الرأي الأول، ما لم يشترط الدائن عند قبوله الوفاء بمقابل، أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل، حيث إنه إذا كان التزام الكفيل يتبع الالتزام الأصلي في وجوده وانقضائه، فإن انقضاءه بالوفاء به يعد طريقاً طبيعياً لانقضاء الالتزام الأصلي، وما ينجم عن ذلك من انقضاء التزام الكفيل بالتبعية، ونخلص إلى القول،بأنه إذا تم تجديد الدين القديم بدين جديد، فإنه يترتب على ذلك انقضاء الكفالة، فإذا تقرر إبطال التجديد فإن الالتزام القديم (المكفول) يعود للوجود وحدة، دون القول بعودة الكفالة معه ونشترط في ذلك كله شرطين : -

الأول :_أن لا يكون الكفيل قد أعلن قبوله لكفالة الدين الجديد.

الثاني :_أن لا يكون الدائن قد احتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل

---

(4) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، ج10، ص 223.

(5) سلامة، أحمد ، مرجع سابق ، ص 63 وزكي، جمال، مرجع سابق ص 93، وسعد، أحمد محمود، مرجع سابق، ص 336.

(3) Pe. Page . op. Oit . N. 894 .

أما الإنابة فهي إما أن تكون كاملة أو ناقصة، و الإنابة الكاملة يتفق فيها على أن ينقضي التزام المدين، وهو المنيب ليحل محله التزام شخص آخر هو المناب، في مواجهة المناب لديه وهو الدائن[1]

نلاحظ بأن الإنابة هي تجديد للالتزام بتنفيذ شخص المدين، ولذلك تسري أحكام التجديد من حيث انقضاء الدين الأصلي وكذلك انقضاء الكفالة التي تضمنه إلا إذا رضي الكفيل بضمان الالتزام الجديد.

كما نجد بأن الإنابة الكاملة يترتب عليها انقضاء الالتزام المَدين الأصلي، مما يؤدي إلى انقضاء الكفالة وبراءة ذمة الكفيل.

أما الإنابة القاصرة فيظل معها المدين الأصلي ملتزما قبل الدائن فلا أثر لها على الكفالة ولا يجوز للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن بانقضاء التزامه حيث إن التزام المدين المنيب لا ينقضي بل يظل قائماً إلى جانب المدين الجديد وهو المناب.[2]

ثالثا: انقضاء الدين المكفول بالمقاصة

فإذا أصبح المدين دائناً لدائنه انقضى كل من الدينين بمقدار الأقل منهما[3]، إذا تمسك بها صاحب المصلحة، وصاحب المصلحة في ذلك ليس المدين فقط بل الكفيل أيضاً، إذ يستطيع أن يتمسك بالمقاصة لأن براءة ذمة المدين تؤدي إلى براءة ذمته هو، فإن انقضى جزء من دين المدين بالمقاصة بقي الجزء الآخر وبقيت ذمة الكفيل مشغولة بالمطالبة بالجزء الذي لم ينقض.

ويشترط لتحقق المقاصة أن يكون موضوع كل من الدينين نقوداً أو مثليات متحدة النوع والجودة، وأن يكون كل منهما ثابتاً، وكذلك خالياً من النزاع، وأخيرا مستحق الأداء، وصالحاً للمطالبة به قضاءً.

فعند توافر شروط المقاصة هذه، انقضى الدين المكفول كله أو بعضه، وينقضي تبعا لذلك التزام الكفيل بقدر ما انقضى من الالتزام المكفول.

على أن المدين الذي يجوز له التمسك بالمقاصة، إلا أنه تنازل عنها ووفى بدينه لدائنه وأراد بعد ذلك أن يرجع بحقه على الدائن، فإنه يفقد هذه الضمانات التي كانت تضمن هذا الحق ومنها الكفالة لهذا الحق، إذ إن التنازل عن المقاصة يجب أن لا يضار به الغير، لذلك تبرأ ذمة

---

(1) سعد – محمد محمود، مرجع سابق سابق، ص 338.

(2) منصور – مصطفى، مرجع سابق سابق، ص 71 وهو ما نصت عليه المادة 360 مدني مصري.

(3) هذا ما نصت عليه المادة 365 مدني مصري، والمادة 35 مدني أردني والمادة 1/300 مدني جزائري والمادة 1/363 مدني سوري والمادة 403 مدني يمني.

الكفيل وأن بقي الالتزام المكفول قائماً حيث يجوز لصاحب الحق فيه والمتنازل عن المقاصة المطالبة به[1].

فمن خلال ما سبق ذكره نضيف سبباً خاصاً من الأسباب التي تنقضي فيها الكفالة بصفة أصلية، وذلك يتحقق عندما يتنازل الدائن (المدين في نفس الوقت) عن حقه في التمسك بالمقاصة في مواجهة مدينه (الدائن في نفس الوقت) عن حقه في التمسك بالمقاصة في مواجهة مدينه (الدائن في نفس الوقت) مع توافر شروطها.

كما يتبين للطالب بأنه إذا تنازل المدين عن التمسك بالمقاصة، فإن الدين يعود من جديد، ولكن بدون كفالة، فالكفيل في هذه الحالة قد تخلص من الكفالة، منذ أن انقضى الدين المكفول بالمقاصة، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول[2].

فالمقاصة لا تقع إذن بين دين الدائن في ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن، والسبب في ذلك واضح ولا غموض فيه إذ أن الدينين غير متقابلين، فإحداهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين.

فقد وجدنا بأن المقاصة ليست من النظام العام حيث يجوز النزول عنها بعد ثبوت الحق فيها، كما أنها لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها.

نخلص إلى القول بأن الكفالة تنقضي بالمقاصة بين الدين المكفول وبين دين المدين في ذمة الدائن فينقضي الدين المكفول كله أو بعضه إذا توافرت شروط المقاصة وينقضي التزام الكفيل بالتبعية بمقدار ما انقضى من الالتزام المكفول.

رابعاً: انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة:

اتحاد الذمة هو أن تجتمع في شخص واحد بالنسبة لدين واحد صفتا الدائن والمدين، كما لو توفي الدائن وورثه المدين أو كما لو أوصى الدائن بدينه للمدين، فقد نصت المادة 1093 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن: ((اجتماع صفتي الدائن والمدين الأصلي في شخص واحد يبرئ ذمة الكفيل))[3].

---

(1) هذا هو حكم المادة 352 مدني أردني.

(2) السنهوري – عبد الرزاق، الوسيط، ج0، ص 224

(3) يقابل هذا النص في التشريعات المدينة العربية، المادة 370 من القانون المدني المصري والمادة 990 مدني أردني والمادة 1/363 مدني سوري والمادة 409 مدني يمني والمادة 1/304 مدني جزائري والمادة 1042 مدني عراقي والمادة 667 من مجلة الأحكام العدلية.

فإذا ورث المدين الدائن اجتمعت فيه صفتا الدائن والمدين وانقضى التزام المدين كاملاً إذا كان هو الوارث الوحيد، وبرأت ذمة الكفيل تبعاً لذلك، أي أن الكفالة تنقضي بانقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة، وذلك لأن المدين أصبح هو الدائن، وتكون الذمة واحدة مما يترتب عليه انقضاء الدين المكفول وتنقضي الكفالة التي كانت تضمن الدين تبعاً لذلك، وبالتالي براءة ذمة الكفيل نهائياً.

أما إذا ورث المدين الدائن وكان معه ورثة آخرون، اتحدت ذمة المدين والدائن في حدود حصة المدين من الميراث وانقضى جزء من الدين يقابل هذه الحصة، فعند ذلك تبرأ ذمة الكفيل في حدود ما برأت منه ذمة المدين، ويبقى كفيلاً بالباقي في مواجهة باقي الورثة.

إن اتحاد الذمة ليس في الحقيقة سبباً من أسباب انقضاء الالتزام، بقدر ما هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين[1] لذلك فإن زال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعي كما لو اتضح بأن المدين ليس بوارث أو أنه وارث ولكنه محجوب بغيره، فإن المانع يزول، أي زال اتحاد الذمة، ويعود الدين الأصلي المكفول وملحقاته ومنها التزام الكفيل واعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن، وعليه فالدين يعود في ذمة المدين وفي ذمة الكفيل أيضاً، كما أن الكفالة لم تكن قد انقضت حقيقة، فقد نصت المادة 2/370 من القانون المدني المصري في هذا الخصوص على أنه ((وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن))[2].

فكل ما سبق يعتمد على تمسك المدين بذلك، ولكن ما الحكم إذا لم يتمسك المدين باتحاد الذمة، فهل يجوز للكفيل أن يتمسك باتحاد الذمة بين من كفله والدائن عند مطالبته بالدين من قبل هذا الأخير؟.

لقد استقر الفقه السائد في هذا الموضوع إلى أنه من حق الكفيل أن يتمسك بهذا الاتحاد في مواجهة مطالبة الدائن[3].

والطالب من جهته يجد أنه إذا تبين أن الاتحاد غير حقيقي، كما لو ظهر وارث آخر يحجب المدين، أو تحقق الشرط الفاسخ الذي علقت عليه الوصية، فإن التزام المدين يعود مرة

---

(1) د. منصور – مصطفى منصور، مرجع سابق سابق، ص 71.

(2) هذا هو حكم المادة 368 مدني سوري، والمادة 2/304 مدني جزائري.

(3) د. الشرقاوي – جميل، مرجع سابق، ص 72.

د. السنهوري – عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 225.

د. تناغو – سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 101،

د. منصور – مصطفى، مرجع سابق، ص 71.

أخرى للوجود، وبأثر رجعي ويعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن لزوال سببه، ويعود معه ملحقاتــه، وبالتالي يعود التزام الكفيل إلى الوجود.

أما إذا اتحدت الذمة بين الكفيل والمدين، كأن يرث الكفيل المدين، أو أن يــرث المــدين الكفيل، فإن الكفالة تنقضي، وإذا وفى الكفيل الدين للدائن، فإن وفاءه يكون باعتباره مديناً أصلياً، بعد أن ورث المدين لها باعتباره كفيلاً.

أما إذا وفى الكفيل الدين باعتباره كفيلاً، بعد أن أصبح مــديناً أصــلياً، فإنــه لا يمكنــه باعتباره كفيلا أن يرجع على نفسه باعتباره مديناً أصلياً، وحيث أن صفة الكفيل لا تــزول فإنــه يترتب على ذلك أن جميع التأمينات التي كانت تضمن التزام الكفيل تبقى ضامنة للالتزام الأصلي، كالتزام كفيل الكفيل[1].

(1) د. سعد، نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص 362.

الفرع الثاني

انقضاء الكفالة بدون الوفاء

ينقضي الالتزام الأصلي المكفول بدون وفاء في ست حالات، وهي: الإبـــراء، اســـتحالة الوفاء، والتقادم، والصلح، والإبطال، والحوالة.

أولاً : انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالإبراء

إذا أبرأ الدائن المدين، من الدين المكفول، أي أن الدائن قد تنازل باختياره عـــن دينه قبل المدين دون مقابل، فإنه يترتب على هذا الإبراء انقضاء الالتـــزام الأصـــلي المكفـــول، وانقضاء الكفالة بالتبعية[1].

ويشترط في الإبراء أن يكون الدائن قد أبرأ مدينه اختياراً وهو لـــذلك تـــصرف بالإرادة المنفردة، ومن جانب واحد ألا وهو الدائن، ولا يتم الإبـــراء إلا إذا وصـــل إلـــى علـــم المدين[2]، إلا أنه من المعلوم أن للمدين أن يرد الإبراء فيعود الدين إلى ذمته وكأن الإبـــراء لـــم يكن، أي يصبح باطلاً إذا رفضه هذا الدائن[3].

والأظهر أن الدين يعود دون التأمينات المقدمة من غير المدين وذلك لأن الإبراء يقضي الدين ويقضي معه تأميناته، فإذا رد المدين الإبراء عادت ذمته مشغولة بالدين، إلا أن رد الإبراء لا يمكن له أن يشغل ذمة غيره كالكفيل خصوصاً وأن الرد تصرف قانوني قائم بذاته لا يجوز له أن يرتب حقوقاً أو التزامات لمصلحة الغير أو في ذمته.

ثانياً: انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول باستحالة الوفاء

ينقضي الالتزام سواء كان أصلياً أو تبعياً، إذا استحال على المدين الأصلي تنفيذ التزامه بسبب أجنبي لا يد له فيه، وأثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً، بسبب خارج عن إرادتـــه، ولا يد له فيه، كقوة قاهرة، أو حادث طارئ أي فجائي، أو خطأ الدائن أو فعل الغير.

أما إذا كانت الاستحالة لا ترجع لسبب أجنبي، أي كانت ترجع إلى خطأ المـــدين، فـــإن الالتزام لا ينقضي بل يكون تنفيذه عن طريق التعويض، إذ في هذه الحالة لا تبرأ ذمة المـــدين فيه، وكذلك لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلاً للتعويض، ويتطلب التزامه إلى التـــزام بتعـــويض

---

(1) هذا ما نصت عليه لمادة 1091 موجبات وعقود لبناني والمادة 987 مدني أردني والمادة 371 مدني مصري والمادة 410 مدني يمني والمادة 305 مدني جزائري.

(2) هذا هو حكم المادة 371 مدني مصري.

(3) السنهوري – عبد الرزق، الوسيط، ج10، ص 227.

ويصبح الكفيل ضامناً لهذا التعويض باعتباره كما ذكرنا التزاماً تابعاً لالتزام الأصيل في الوجود والعدم[1].

بالنسبة لهلاك الشيء بفعل الكفيل، فإن ذمة المدين تبرأ من الدين، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً وذلك بالنسبة للمدين، وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلاً تبعاً لبراءة ذمة المدين، ولكن الكفيل يبقى مسؤولاً عن خطئه كمدين أصلي تجاه الدائن[2].

والسؤال الذي نطرحه هنا هل يجوز للكفيل أن يشترط براءة ذمته إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه الأصلي حتى ولو كان ذلك يعزى إلى خطئه استناداً إلى جواز انعقاد الكفالة بشروط أهون من شروط الدين المكفول؟

للإجابة على هذا السؤال وعند رجوعنا إلى القانون لم نجد حلاً لهذا السؤال أي أن النص التشريعي قد خلا من مواد تعالج هذا الفرض، ومن جهتنا نجد بأنه لا يجوز للكفيل أن يشترط ذلك، وإن كانت القاعدة الفقهية تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن الأمر هنا لا يتعلق بشروط أهون من شروط الدين المكفول فقط، وإنما يؤدي في حقيقة الحال إلى عدم ترتيب الكفالة آثارها، لأن الكفيل في هذا الفرض هو لم يكفل الدين، إذ إنه في هذه الحالة كأنه اشترط على وجوب أن يقوم المدين بالوفاء بالدين الأصلي، فكأن الكفيل يقرر عدم أحقية الدائن في الرجوع عليه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فإذا اشترط الكفيل هذا الشرط وتخلف الشرط فإنه يؤدي إلى عدم انعقاد الكفالة وترتيب آثارها، لأن هذا الشرط يؤدي إلى فرضين لا ثالث لهما، إما أن يقوم المدين بالوفاء بما التزم به، وإما أن تبرأ ذمة الكفيل في حالة عدم قيام المدين بالوفاء، وفي كلا الفرضين لا نكون أمام عقد الكفالة أنه ينتج آثاره، وهذا يختلف في حقيقة الأمر عن اشتراط الكفيل أن يؤدي الالتزام المكفول من عين معينة بذاتها، وهلكت لسبب لا يد له فيه، ففي الفرض تبرأ ذمة الكفيل كما سبق أن أشرنا، والسبب في ذلك لأننا نكون أمام كفالة عينية خصص الكفيل عين معينة بذاتها للوفاء بالدين المكفول، فإذا هلكت هذه العين بسبب أجنبي لا يد للكفيل فيه، فإن مسؤوليته تنقضي بهلاك هذه العين.

ومما تقدم نخلص إلى أن الكفالة تنقضي بانقضاء الدين المكفول باستحالة الوفاء لسبب أجنبي إذا كان للدين كفيل ثم استحال تنفيذ الدين بسبب أجنبي فانقضى وبرئت ذمة المدين منه فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين فإذا هلك الشيء بفعل الكفيل فإن ذمة المدين تبرأ من الدين إذ يعتبر فعل الكفيل في هذه الحالة سبباً أجنبياً بالنسبة وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلاً تبعاً لبراءة ذمة المدين، ولكن يبقى مسؤولاً عن خطئه كمدين أصلي تجاه الدائن.

---

(1) السنهوري – عبد الرزاق، الوسيط، ج10، ص 230.

(2) أبو السعود – رمضان، مرجع سابق، ص 137.

ثالثاً : انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالتقادم

إن من أسباب انقضاء الالتزام بدون الوفاء به التقادم، أو ما يعرف بمضي المدة المانعة لسماع الدعوى بالحق، وبمعنى أدق يعتبر التقادم سبباً لسقوط وسيلة المطالبة بالحق، وليس سبباً لسقوط الحق، فالحق كما نعلم لا ينقضي إلا بالوفاء به، أو بما يعادل الوفاء، لأجل ذلك ولبيان أثر انقضاء الالتزام الأصلي بمقتضى التقادم على التزام الكفيل، فهل ينقضي التزام الكفيل بالتبعية أم لا ؟.

الغالب أن يسري التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه التقادم بالنسبة لالتزام الكفيل، ففي هذه الحالة ينقضي الدينان بالتقادم في آن واحد وعند ذلك تبرأ ذمة الكفيل إما لأن المدين الأصلي قد برئت ذمته والكفيل تابع للمدين الأصلي، أو لأن التزام الكفيل التابع قد انقضى هو نفسه بالتقادم مستقلاً عن الدين الأصلي[1].

أما إذا انقضى التزام المدين بمضي المدة المانعة من سماع الدعوى، فقد ذهب الرأي السائد إلى أن انقضاء التزام المدين بمضي المدة يترتب عليه انقضاء التزام الكفيل رغم أن المدة المانعة من سماع الدعوى بصدده لم تنقض بعد إذ يعد ذلك نتيجة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي، فالكفيل يستفيد من كل تغيير في الدين المكفول طالما كان في مصلحته، ومن ثم فلا عبرة في هذه الحالة لبقاء التزام الكفيل استناداً للقول بأن مدة تقادم دينه لم تكتمل[2].

ولا يفوتنا أن ننوه بأن الحكم بانقضاء الكفالة بالتقادم لا يتم إلا بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، فقد أشرنا عند الحديث عن الدفع بانقضاء الالتزام الأصلي، بأنه لا بد من التمسك بعدم سماع الدعوى لمضي المدة من قبل المدين، فلا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، فهذا النوع من الدفوع وأن كان يؤدي إلى انقضاء الالتزام إلا أن أساسه يكمن في عدم سماع وسيلة المطالبة به، أما الحق، فلا يسقط إلا بالوفاء به، ودليل ذلك انه إذا تنازل المدين عن التمسك بمضي المدة بعد ثبوت حقه في ذلك، فلا يعتبر ذلك من قبيل التبرع للدائن، إقراراً منه بالحق.

---

(1) السنهوري – عبد الرزاق، الوسيط، ج10، ص 231.

(2) د. الشرقاوي – جميل، مرجع سابق، ص 72، و د. مرقس سليمان، مرجع سابق، ص 208 وما بعدها، د. تناغو – سمير، مرجع سابق، ص 102، و زكي – جمال الدين، مرجع سابق، ص 94، و د. – محمد محمود، مرجع سابق، ص 349.

ونخلص القول بأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين[1].

وبخصوص التمسك بالتقادم هل يجوز للكفيل أن يتمسك به إذا لم يتمسك المدين به. فعند إطلاعنا على النصوص التشريعية وأراء الفقه في ذلك نجد بأنه إذا لم يتمسك المدين بالتقادم، كان للكفيل أن يتمسك به، ويؤدي ذلك إلى انقضاء التزامه تجاه الدائن، ويكون له هذا الحق أيضا، حتى ولو تنازل المدين عنه، وذلك على اعتبار أن تمسك الكفيل بهذا السبب يحقق مصلحته، وبناء عليه فلا يعتد تنازل المدين عنه، لأن هذا التنازل يلحق ضرراً بالكفيل فلا ينفذ في حقه، ويكون له أن يتمسك به[2].

والطالب يؤيد ما ذهب إليه الفقه السائد في مصر ليس لأنه يمثل الأغلبية بل لعدة أسباب هي:

السبب الأول: لأن هذا الاتجاه الفقهي السائد يتفق مع طبيعة التزام الكفيل.

السبب الثاني: كون هذا الاتجاه يتفق مع ما استقر عليه في هذا الخصوص من جواز استفادة الكفيل من كل تغير في الدين المكفول يؤدي إلى انقضائه.

السبب الثالث: كون هذا الاتجاه الفقهي السائد يستند إلى النص التشريعي والذي بمقتضاه يجيز للكفيل أن يتمسك بانقضاء الدين المكفول، حتى لو تنازل المدين عن التمسك به.

السبب الرابع: نظراً لغياب النص التشريعي الذي يعالج فعل هذه الحالة في كثير من البلاد العربية.

السبب الخامس: كون الكفيل صاحب مصلحة في التمسك بالتقادم حيث أنه بتمسكه بالتقادم تبرأ ذمته نهائياً قبل الدائن.

رابعاً : انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالصلح.

الصلح إما أن يقع بين المدين والدائن، أو بين الكفيل والدائن، فإذا وقع الصلح ما بين المدين والدائن، على كل الدين برئت ذمة المدين وذمة الكفيل في نفس الوقت، أما إذا حصل الصلح ما بين المدين والدائن على جزء من الدين واشترط براءة ذمة المدين وحده، في هذه الحالة

---

(1) هذا ما نصت عليه المادة 1/381 مدني مصري، والمادة 384 من القانون المدني السوري والمادة 321 مدني جزائري والمادة 420 مدني يمني.

(2) مرقس – سليمان، مرجع سابق، ص 208، ود. السنهوري – عبد الرزاق، الوسيط، ج10، ص 32، و د. منصور – مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 72، و د. عبد الباقي – عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 360، و د. الشرقاوي – جميل، مرجع سابق، ص32. تناغو – سمير، مرجع سابق، ص 102.

تبرأ ذمة المدين وذمة الكفيل من الباقي، ذلك لأن التزام الكفيل لا يمكن أن يكون أشد من التـــزام المدين[1].

ولكن تبرأ ذمة الكفيل وتنقضي الكفالة إذا قبل الدائن للصلح مع المدين المفلس، وترك جزءاً من الدين فنقول في ذلك بأن الفقه لم يتعرض لهذه الحالة إلا أن المنطق السليم يقول بأنه لا يعتبر قبول الدائن للصلح مع المدين المفلس، وترك جزء من الدين إبراء من هذا الجزء، وذلك لأن الدائن في هذه الحالة لم يقصد فيه التبرع للمدين، وإنما قصد اتقاء خطر إفلاس المدين وبالتالي الحصول على أي جزء من الدين، ونخلص القول بأنه يبقى الكفيل ملتزماً بكـــل الـــدين، حتى بالنسبة للجزء الذي تم فيه الصلح فتصرف الدائن في تلك الحالة تصرف غير رضائي كما أشرنا وبالتالي لا يعتبر تبرعاً.

أما إذا قام الكفيل بوفاء الجزء الذي تصالح عليه الدائن مع المدين، فلا يجوز له الرجوع على المدين بعد ذلك، إذ لا يكون له بالنسبة لهذا الجزء إلا حق طبيعي[2].

أما إذا وقع الصلح بين الكفيل والدائن على قدر من الدين، ويشترط فيه بـــراءة ذمة الكفيل وحده، فإنه والحالة هذه يجوز للدائن الرجوع على المدين لاستيفاء كل الدين منـــه، أو الرجوع على الكفيل بالقدر المصالح عليه، والرجوع بالباقي على الأصيل، أي أن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما تم التصالح عليه فقط[3].

مما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام أن الكفالة تنقضي فيما إذا تصالح الدائن مع المدين وتضمن الصلح نزولاً من الدائن عن جزء من الدين، فإن للكفيل أن يتمسك بهذا الـــصلح ولا يكون مسؤولاً إلا عن الباقي من الدين، وتنقضي الكفالة عما نزل عنه الدائن بالصلح وتكون مسؤولية الكفيل في ذلك مثل مسؤولية المدين.

خامساً : انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول أو إبطاله.

لقد تحدثنا سابقاً عن بطلان الالتزام الأصلي وقابليته للإبطال، ومدى تأثير ذلـــك على عقد الكفالة وعليه فإذا زال الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه، فيصبح الدين كأنه لم يكن وكذلك تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعاً للدين مثال ذلك أن يضمن الكفيل التزام المستأجر بدفع ثمن الأجرة ثم يفسخ عقد الإيجار فيزول بأثر رجعي ويعتبر الثمن كأن لم يكن، وبناء عليـــه تكـــون الكفالة كأن لم تكن تبعاً للدين، فيزول التزام الكفيل تبعاً لزوال التزام المستأجر، ولا تعود الكفالة

---

(1) المادة 668 من مجلة الأحكام العدلية.

(2) تناغو – سمير، مرجع سابق، ص 107.

(3) هذا هو حكم المادة 989 مدني أردني والمادة 1044 مدني عراقي والمادة 668 من مجلة الأحكام العدلية.

من جديد بعد أن زالت حتى ولو كان المدين الأصلي الذي زال التزامه بالفسخ التزم من جديد، بل لا بد من أن يلتزم الكفيل من جديد.

وما يقال عن فسخ الدين المكفول وتحقق الشرط الفاسخ يقال كذلك عن إبطال الدين، فإذا كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابلاً للإبطال وأبطل بأثر رجعي، زال الدين المكفول بأثر رجعي وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعي[1].

وبمناقشة ما سبق ذكره بخصوص البطلان والقابلية للإبطال، نجد أنه قد يكون التزام المدين قد نشأ صحيحاً ولم يتم تنفيذه بالوفاء أو بما يعادله، ولم ينقض بأحد أسباب انقضاء الالتزام، ولكن تمت العودة فيه اتفاقاً أو قضاءً أو بنص من القانون نتيجة لوجود خيار يفسح العقد أو نتيجة لتقصير أحد طرفيه في تنفيذ التزامه، مما حدا بالطرف الآخر إلى طلب فسخ العقد، أو نتيجة لانفساخ العقد بقوة القانون بسبب استحالة تنفيذ المدين لالتزامه، في كل هذه الأحوال التي ذكرت ينحل العقد وتسقط التزامات أطرافه ومنها التزام المدين المكفول عنه فيسقط تبعاً لذلك التزام الكفيل. وقد أشار إلى هذا الأمر بعض التشريعات العربية وإن كان حصراً في عقد البيع تأثراً بالفقه الإسلامي الذي أفرز لهذه الحالة مكاناً متميزاً[2].

ونخلص من كل ما تقدم بأنه إذا كفل الكفيل التزام المشتري بدفع الثمن المؤجل على وجه الخصوص، ثم انفسخ البيع أو أدعى الغير ملكيته للمبيع واسترده من المشتري أو ظهر في المبيع عيب واستخدم المشتري خيار العيب فرد المبيع إلى البائع فإنه يسقط بسبب ذلك التزام المشتري بدفع الثمن ويسقط التزام الكفيل تبعاً لذلك.

---

(1) السنهوري – عبد الرزاق، الوسيط، ج10، ص 223.

(2) نص المادة 1045 مدني عراقي والمادة 988 مدني أردني والمادة 671 من مجلة الأحكام العدلية.

المبحث الثاني

انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي

ويندرج تحته مطلبان:

المطلب الأول: أسباب انقضاء كفالة المال.

المطلب الثاني: أسباب انقضاء كفالة النفس.

المطلب الأول

أسباب انقضاء كفالة المال

لقد تكلمنا سابقاً عن انعقاد الكفالة وآثارها، وفيما يلي سوف نعرض لأسباب انقضاء عقد الكفالة في الفقه الإسلامي، وسوف نقتصر في هذا المطلب على أسباب انقضاء كفالة المال كما جاء ذكره في المذاهب الفقهية، وبيان الأسباب التي وقع الخلاف بين الفقهاء في اعتبارها أسباباً لانقضاء عقد الكفالة.

الفرع الأول

انقضاء الكفالة بوفاء الدين

يرى الحنفية والمالكية والشافعية، أن الكفالة تنقضي بأداء المال إلى الدائن سواء كان هذا الأداء من الكفيل أو من المدين، ويرون كذلك بأن الكفالة تنقضي في كل ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة، كما إذا وهب الدائن المال للمدين أو الكفيل أو تصدق به عليهما(1). حيث جاء في بدائع الصنائع ((أما الكفيل بالمال فإنما يخرج عن الكفالة بأحد الأمرين أحدهما: أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء سواء كان الأداء من الأصيل أو من الكفيل، لأن حق المطالبة للتوسل إلى الأداء فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد، وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل، لأن الهبة بمنزلة الأداء وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل، لأن الصدقة تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة))(2).

ومن خلال استعراض آراء الفقه الإسلامي نجد أنهم قد اتفقوا على أن الكفالة تنقضي بأداء الدين سواء كان الأداء من المدين أو من الكفيل.

واتفقوا أيضاً على أنها تنقضي بالوفاء من الغير مأموراً بالوفاء أو متبرعاً به، وأن ما عليهما حق واجب فإذا استوفى زال تعلقه بهما.

وكذلك تنقضي الكفالة إذا كان فيها معنى الأداء، وذلك كأن يهب الدائن الدين المكفول للمدين أو للكفيل.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3425. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3 / 337. المطيعي، تكملة المجموع، 14 / 27. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 14 / 249.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3425

الفرع الثاني

انقضاء الكفالة بالإبراء

يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، أن عقد الكفالة ينقضي بالإبراء من قبل الدائن سواء كان الإبراء للكفيل أو المدين، إلا أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل بذلك، وأما أن أبرأ الدائن الأصيل فإن الكفيل يبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين، وذلك لأن إبراء المدين إبراء للكفيل، ويلاحظ أن إبراء الأصيل يرتد بالرد منه ويبقى الدين في ذمته، أما إبراء الكفيل فإنه لا يرتد بالرد(1). حيث جاء في بدائع الصنائع ((الثاني: الإبراء وما هو في معناه فإن أبرأ الطالب الكفيل أو الأصيل خرج عن الكفالة غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل وأن أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل. فأما إبراء الكفيل فإبراؤه عن المطالبة لا عن الدين إذ لا دين عليه. إلا أن إبراء الأصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصدق عليه، وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة والتصدق عليه))(2).

من ذلك نجد أن الفقهاء متفقون على أن عقد الكفالة ينقضي بالإبراء من قبل الدائن. غير أن إبراء الدائن للمدين يترتب عليه براءة ذمة الكفيل من الدين المكفول؛ وذلك لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين فيأخذ حكمه، وأما إذا أبرأ الدائن الكفيل فإنه يبرأ وحده دون المدين، وذلك لأن الأصل لا يأخذ حكم الفرع.

---

(1)الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3425. الحطاب، مواهب الجليل، 5 / 110. المطيعي، تكملة المجموع، 14/ 27. الرملي، نهاية المحتاج، 4 / 450. ابن قدامة، المغني، 4 / 605.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3425.

الفرع الثالث

انقضاء الكفالة بالصلح

يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا صالح الكفيل الدائن عن الدين فيبرأ الكفيل والمدين وينتهي عقد الكفالة(1) فقد جاء في شرح فتح القدير ((فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل. لأنه إذا أضاف الصلح إلى الألف وهي على الأصيل فيبرأ عن خمسمائة، لأنه إسقاط، وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة))(2). إلا أنه إذا صالح الكفيل الدائن على أن يبرئه من الكفالة فإن ذلك لا يجوز فقد جاء في حاشية رد المحتار ((إذا صالح الكفيل الطالب على شيء ليبرئه عن الكفالة لم يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل))(3).

فمن خلال استعرا ضنا لأقوال الفقهاء نجد بأنهم يتفقون على أن عقد الكفالة ينقضي إذا صالح الكفيل الدائن عن الدين ببعضه، وبذلك يبرأ المدين من مطالبة الدائن له بالدين المكفول.

الفرع الرابع

انقضاء الكفالة بالحوالة

تعرف الحوالة عند الفقهاء بأنها عقد يقتضي نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى4. وعليه فإن الفقهاء قد اختلفوا في اعتبارها سبباً من أسباب انقضاء عقد الكفالة، فيذهب جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اعتبارها سبباً من أسباب انقضاء عقد الكفالة، وعليه فإذا أحال الكفيل أو الأصيل الدائن بدين الكفالة إلى شخص آخر وقبله الدائن فإن الكفيل والمدين يخرجان عن الكفالة؛ وذلك لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة(5).

---

(1) ابن همام ، شرح فتح القدير، 6 / 308. الدردير، الشرح الصغير، 3 / 436. الخطيب، الشربيني، الإقناع في حل ألفظ أبي شجاع، 1 / 290. ابن قدامة، المغني، 4 / 609.

(2) ابن همام ، شرح فتح القدير، 6 / 308.

(3) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، 5 / 320.

(4) الرملي، نهاية المحتاج، 4 / 421.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3426. المطيعي، تكملة المجموع، 14 / 31. ابن قدامة، المغني، 4 / 609.

وأما بالنسبة للمالكية فلم نعثر على قول لهم حول انقضاء عقد الكفالة بالحوالة، ولكن بالرجوع إلى تعريفهم للحوالة وهو: صرف دين –أي نقله وطرحه عن ذمة المدين بمثله إلى ذمة أخرى تبرأ بها الأولى(1). فمن خلال هذا التعريف يتبين للطالب بأن الحوالة تبرئ ذمة المدين الأصلي، وبناء عليه فإن عقد الكفالة ينقضي بالحوالة، وذلك لأن ذمة الكفيل تبع لذمة الأصيل فيأخذ حكمه.

ويذهب بعض الحنفية إلى أن الحوالة مبرئة عن المطالبة لا عن الدين. ويذهب زفر من الحنفية إلى أن الكفالة لا تنقضي بالحوالة والسبب في ذلك أن الحوالة ليست مبرئة أصلا. حيث جاء في بدائع الصنائع: ((ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله، لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة عند عامة مشايخنا، وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وإبراء الكفيل، وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة لأن الحوالة عنده ليست مبرئة أصلا))(2).

من خلال دراستنا لما تقدم من أقوال فقهاء المذاهب الإسلامية يرى الطالب بأن جمهور الفقهاء يرون انقضاء عقد الكفالة بحوالة الدين على شخص آخر، وذلك لأن الحوالة كالأداء. إلا أن زفر من الحنفية يرى بأن الكفالة لا تنقضي بالحوالة, والسبب في ذلك لأن الكفالة تعتبر وثيقة فلا تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

الفرع الخامس

انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول به أو إبطاله

يرى الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة، أن عقد الكفالة ينقضي بفسخ الدين المكفول به أو أبطاله، وعليه فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعاً لبراءة ذمة الأصيل، مثال ذلك كما لو كفل شخص آخر بثمن المبيع وانفسخ البيع بشرط الخيار فإن الكفالة تنقضي لإنفساخ البيع وسقوط الدين. حيث جاء في شرح فتح القدير ((ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل))(3).

---

(1) الصاوي، بلغة السالك، 2 / 152.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3426.

(3) ابن همام، شرح فتح القدير، 6 / 317. الدردير، الشرح الصغير، 3 / 441. المطيعي، تكملة المجموع، 14 / 22. البهوتي، كشاف القناع، 3 / 364. ابن قدامة، المغني، 4 / 613.

ومما تقدم من أقوال الفقهاء نجد بأنهم متفقون على انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول به أو سقوطه، وعليه فإذا انفسخ الدين المكفول به أو سقط فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعا لذمة لبراءة ذمة المدين وينقضي بذلك عقد الكفالة.

الفرع السادس

في انقضاء الكفالة بهلاك المال المعين أو العين المكفولة

وذلك كما لو هلك المبيع فينقضي التزام الأصيل بتسليم المبيع وينقضي تبعاً لذلك التـزام الكفيل.

يرى الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة، بأن التزام الكفيل ينقـضي بهـلاك الـدين المكفول به، وذلك لأن الهلاك مانع من التسليم، كمال لو كفل شخص سلعة مبيعة ثم تلفت هـذه السلعة فإن الكفالة تنقضي بهلاكها. حيث جاء في مجمع الأنهر ((وتبطل بموت الكفيل والمكفول به لامتناع التسليم))(1).

أما كفالة العين فإن المالكية يرون عدم جواز الكفالة بالأعيان، حيث جاء في الخرشـي ((فلا يصح ضمان عين))(2). فمن خلال ما تقدم نجد بأن عقد الكفالة ينقضي بهلاك المال المعين للكفالة أو هلاك العين المكفولة إذا كان الهلاك بغير فعل آدمي. فإن كان الهلاك بفعل آدمي فـإن الضمان لا ينقضي ويجب على المتلف بدله.

---

(1) دمدام أفندي، عبد الله، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، 2 / 127. الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3416. الأنصاري، زكريا، شرح البهجة، 3 / 159. البهوتي، كشاف القناع، 3 / 366.

(2) الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، 6 / 24.

الفرع السابع

انقضاء الكفالة باتحاد الذمة

يرى الحنفية أن الكفالة تنقضي إذا مات الدائن وورثه المدين، لأن الإرث من أسباب الملكية وبانتقال ملكية الدين من الدائن إلى المدين تتحد ذمة الطالب والمطلوب منه، وبذلك يبرأ الكفيل، لأن المدين لا يمكن أن يكون دائنا لنفسه. إلا أنه يشترط أن يكون المدين هو الوارث الوحيد للدائن لكي تنقضي الكفالة، وإن كان معه وارث غيره فتنقضي الكفالة بقدر حصة المدين من الإرث. وأما إذا مات الدائن وورثه الكفيل فإن الكفيل يرجع هنا على المدين بنصيبه من الإرث، حيث جاء في بدائع الصنائع ((ولو مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل، ولو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل لأن الإرث من أسباب الملك فيملكه الأصيل، ومتى ملكه برئ فيبرأ الكفيل كما إذا أدى))(1). وكذلك جاء في مجلة الأحكام العدلية م667 ((لو توفي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في المدين يبرأ الكفيل من الكفالة، وإن كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر)).

ومما تقدم يرى الطالب بأن عقد الكفالة عند الحنفية ينقضي باتحاد ذمة المدين والدائن، بحيث يصبح المدين دائن لنفسه بإرثه للدائن، وأما بالنسبة للمذاهب الفقهية الأخرى فلم نجد نصاً بخصوص انقضاء الكفالة باتحاد الذمة، والذي يبدو للطالب بأن القول باتحاد الذمة في تلك الحالات متفق عليه بين جميع الفقهاء.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3431.

الفرع الثامن

انقضاء الكفالة بالمقاصة

يرى الحنفية والمالكية أن الكفالة تنقضي ولا يترتب عليها رجوع الكفيل على المدين إذا أدى الكفيل الدين وذلك فيما إذا كان للمدين على الكفيل دين وتنقضي الكفالة بذلك مقاصة بين دين الكفيل على المدين الذي أداه للدائن وبين دين المدين الذي له على الكفيل، حيث جاء في البدائع ((ومنها ألا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله فأما إذا كان فلا يرجع لأنه إذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الأصيل لثبت للأصيل أن يرجع عليه أيضا فلا يفيد فيسقطان جميعا))([1]).

ومما تقدم يتضح للطالب بأن الحنفية والمالكية متفقون على انقضاء الكفالة بالمقاصة، وذلك كما لو كان للمدين دين على الكفيل وأدى الكفيل الدين فإنه لا يرجع على المدين لأن الدائنين يتقاصان، أو كان للكفيل على الدائن دين مثل الدين الذي تكفل به فيتقاصا، وأما بالنسبة الشافعية الحنابلة على شيء ينص على انتهاء الكفالة بالمقاصة، وإن كانت المقاصة على نحو ما أورده الحنفية والمالكية لا يمنع الشافعية والحنابلة من القول باعتبارها سببا لانقضاء الكفالة على ما يبدو للطالب.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3431. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، 6 / 27.

المطلب الثاني

أسباب انقضاء كفالة النفس

سوف نتناول في هذا المطلب أسباب انقضاء كفالة النفس ويندرج تحته فرعان:

الفرع الأول: انقضاء كفالة النفس بالتسليم.

الفرع الثاني: انقضاء كفالة النفس بالموت.

الفرع الأول

انقضاء كفالة النفس بالتسليم

لقد عرفنا فيما تقدم بأن كفالة النفس من أنواع الكفالة، وهي كغيرها من الأنواع الأخرى تنقضي بالأسباب السابقة، وكذلك تنقضي بالتسليم وبموت المكفول بنفسه، وسندرس في هذا المطلب انقضاء كفالة النفس بالتسليم في الفقه الإسلامي.

يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، أن عقد الكفالة بالنفس ينقضي بتسليم الكفيل المكفول به للدائن([1]) كما جاء في البدائع ((أما الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء: إحداها: تسليم النفس إلى الطالب وهي التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضي))([2]).

ويرى أبو حنيفة أن الكفالة بالنفس تنقضي بتسلم المكفول به في أي مكان يقدر فيه الدائن على إحضار المكفول إلى مجلس القاضي([3])، بينما يرى أبو يوسف ومحمد من الحنفية، والشافعية، وجمهور الحنابلة أنه لا يبرأ بذلك إلا بتسليمه في المكان المعين([4]) كما جاء في تبيين الحقائق ((وإن سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل به برئ عند أبي حنيفة، لأن المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من إحضاره مجلس القاضي وقد وجد، وعندهما لا يبرأ لأنه لم يسلمه على الوجه الذي التزمه، وهو أن يسلمه في مصر كفل فيه وهو مقيد لاحتمال أن يكون شهوده فيه أو يعرف قاضي ذلك المصر حادثته فلا يبرأ إلا بالتسليم فيه))([5]). إلا أن المالكية وبعض الحنابلة يرون أنه يبرأ الكفيل إذا سلمه في أي مكان فيه حاكم، لأنه بذلك لا يستطيع المكفول بنفسه أن يمتنع من الحضور في مجلس القاضي([6]).

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3427. الدردير، الشرح الصغير، 3 / 450. الرملي، نهاية المحتاج، 4 / 449. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 4 / 265.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3427.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3428. ابن قدامة، المغني، 4 / 618.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، 5 / 394. أبي شجاع، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، 1 / 291. ابن قدامة، المغني، 4 / 618.

(5) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، 4 / 149.

(6) الدردير، **الشرح الصغير**، مصدر سابق، 3 / 450. ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، 4 / 607.

ويرى بعض الشافعية وبعض الحنابلة بأنه إذا كان في إحضار المكفول به في غير المكان المعين ضرر، فإنه يجب على الكفيل أن يحضر المكفول به في المكان المعين المتفق عليه، وأما إن لم يكن في ذلك ضرر فإن الكفيل يبرأ بإحضار المكفول به بأي مكان، وذلك لأن المعول عليه هو وجود ضرر المكفول له أو عدم ضرره([1]).

وكذلك تنقضي كفالة النفس عند الحنفية والمالكية، والشافعية فيما إذا حضر المكفول بـــه إلى الدائن وسلمه نفسه عن كفالة الكفيل([2]). حيث جاء في بدائع الصنائع: ((ولـــو قـــال الرجـــل للطالب قد دفعت نفسي إليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو لا، لأنه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التـــسليم. كمـــن تبـــرع بقـــضاء ديـــن غيره))([3]). إلا أن المالكية يشترطون أن يكون تسليم المكفول به نفسه للدائن بأمر الكفيل، كما جاء في الخرشي ((وبغير مجلس الحكم إن لم يشترط... وبغير بلده إن كان به حاكم... و؟؟ظإلا أغرم بعد خفيف تلوم))([4]). بينما يذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا بد لكي يبرأ الكفيل من الكفالـــة أن يقول المكفول بنفسه سلمت نفسي إليك عن كفالة فلان فإذا قال ذلك برئ الكفيل سواء كان التسليم بأمره أم لا([5]).

وتنقضي كفالة النفس عند الحنفية و الشافعية، فيما إذا سلم المكفول أجنبياً ــ شخصاً آخر غير الكفيل ــ إلا أنهم يشترطون لبراءة الكفيل أن يقبل المكفول له ذلك، فإن قبل بـــرئ الكفيـــل وانقضت الكفالة، وإن لم يقبل لم يبرأ الكفيل بذلك حيث جاء في تبيين الحقائق ((ولو سلمه إليـــه رجل أجنبي بغير أمره وقال عند الدفع سلمته إليك عن الكفيل فإن قبله الطالب برئ الكفيـــل وإن سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل))([6]).

---

(1) زكريا الأنصاري، **شرح البهجة**، مصدر سابق، 3 / 158. ابن مفلح، **المبدع في شرح المقنع**، مصدر سابق، 4 / 265.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصر سابق، 7 / 3427. الخرشي، **الخرشي على مختصر خليل**، مصر سابق، 6 / 35 . الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، 4 / 449.

(3) الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، 7 / 3427.

(4) الخرشي، **الخرشي على مختصر خليل**، مصدر سابق، 6 / 35.

(5) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، 4 / 150. السيد البكري، أبي بكر، **إعانة الطـــالبين**، دار إحيـــاء الكتب العربية بمصر، 78/3.

(6) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، س4 / 149 ــ 150. الخرشي، **الخرشي علـــى مختـــصر خليـــل**، مصدر سابق، 6 / 35.

من خلال ما تقدم يتضح بأن الفقهاء متفقون على أن الكفالة بالنفس تنقضي بتسليم الكفيل المكفول إلى الدائن. وبناء على ذلك فإذا امتنع الدائن من استلام المكفول به عند تسليم الكفيل لـه بدون عذر فإن الكفيل يبرأ من الكفالة لأنه أحضر ما يجب تسليمه.

ويتضح كذلك بأن الحنفية والمالكية، والشافعية يرون بأن الكفالة بالنفس تنقضي إذا سلم المكفول به نفسه إلى الدائن سواء كان التسليم بأمر الكفيل أم لا ويرى المالكية أنه لا بد أن يكون تسليم المكفول بالنفس لنفسه للمكفول له بأمر الكفيل وإلا لم يبرأ الكفيل من الكفالة. بينما يرى الحنفية والشافعية أنه لا بد أن يقول المكفول بنفسه سلمت نفسي إليك عن كفالة فلان ليبرأ من الكفالة، فإذا قال ذلك برئ الكفيل سواء كان التسليم بأمره أم لا.

وأما إذا سلم شخص أجنبي المكفول بنفسه إلى المكفول له وكان الكفيل قد أمره بذلك فإن التسليم صحيح، كما ذهب إليه الحنفية والشافعية ويلزم المكفول له قبوله؛ لأن الأجنبي في هذه الحالة بمثابة وكيل عن الكفيل إذ أنه تصرف بأمر الكفيل. بينما يرى المالكية أن الكفيل لا يبرأ بهذا التسليم سواء قبل المكفول له ذلك أم لم يقبل. وبناء عليه أرى أن قول الحنفية والشافعية، يتفق مع الواقع العملي لأن المعول عليه هو قبول المكفول له؛ وهو صاحب الحق فإن قبل صح وإلا فلا.

وتبين للطالب كذلك بأن الفقهاء مختلفون فيما إذا شرط المكفول له تسليم المكفول بنفسه في مكان معين، وعرفنا بأن الشافعية وجمهور الحنابلة وصاحبي أبي حنيفة يرون بأن الكفيل لا يبرأ إلا بإحضاره في ذلك المكان المعين، خلافا لما ذهب إليه أبو حنيفة الذي يرى بأنه إذا سلمه في مكان من البلد فإن الكفيل يبرأ من الكفالة وبذلك يقول القاضي من الحنابلة.

بينما نجد بأن المالكية وبعض الحنابلة يرون بأنه لا يبرأ الكفيل بإحضار المكفول به في غير المكان المعين إلا إذا سلمه في مكان فيه حاكم. ويخالف بذلك بعض الشافعية وبعض الحنابلة إذ يرون بأنه يتعين إحضار المكفول بنفسه في المكان المعين إذا كان في إحضاره في غيره ضرر، وأما إذا لم يكن في ذلك ضرر فيبرأ بإحضاره في أي مكان.

ويبدو مما سبق أن قصد الفقهاء من تلك الشروط المحافظة على مصلحة الدائن وحماية له بإيصال حقه إليه بدون ضرر، مما يرجح ما ذهب إليه بعض الشافعية وبعض الحنابلة في القول الأخير، إذ أنه يحقق ذلك، فهم بذلك قد وضعوا قاعدة في هذا الموضوع، وهو بأن العبرة هو ضرر المكفول له، فإن أصاب الدائن ضرر من جراء ضياع حق أو شهادة أو بينة أو غيرها فلا بد من اشتراط تعيين المكان، وأما إن لم يكن عليه في ذلك ضرر فيقبل تسلمه في أي مكان، وهذا هو الأولى.

الفرع الثاني

انقضاء كفالة النفس بالموت

تنقضي كفالة النفس عند فقهاء الحنفية والمالكية وجمهور الشافعية والحنابلة([1]) بموت المكفول به؛ وذلك لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل. وموت الكفيل يفوت التسليم منه، حيث لا يقدر على إحضار المكفول به، وهذا بخلاف كفالة المال فإنها لا تنقضي بموت الكفيل، بل يحل الدين في ماله حيث جاء في تبيين الحقائق ((وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب ولا تبطل بموت المكفول له؛ لأن المطلوب بموته برئ هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لأنه تبع... وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه، لأنه يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الحق، وهو إحضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال إذا مات لأن ماله صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم يرجع الورثة على المكفول به وإن كانت الكفالة بأمره))([2]). وجاء في البدائع الصنائع ((والثالث موت المكفول بنفسه لأن الكفالة بمضمون على الأصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل))([3]).

ويذهب بعض الشافعية إلى أن كفالة النفس لا تنقضي بموت المكفول به وإنما يلزم الكفيل أن يدفع ما وجب على المكفول به حيث جاء في تكملة المجموع ((وإن تكفل ببدن رجل فمات المكفول به برئ الكفيل وقال أبو العباس يلزمه ما على المكفول به من الدين، لأنه وثيقة فإذا مات من عليه الدين وجب أن يستوفى الدين منها كالرهن والمذهب الأول لأنه لم يضمن الدين فلا يلزمه))([4]).

وأما إذا مات الكفيل فإن كفالة النفس تنقضي بذلك عند فقهاء الحنفية والشافعية([5])، إلا أن المالكية والحنابلة يرون أن الكفالة بالنفس لا تنقضي بموت الكفيل، وفي هذه الحالة فإن للمدين أن يأخذ حقه من تركة الكفيل لحلول الدين عليه بالموت، ثم يرجع ورثة الكفيل على المدين بما

---

(1) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، 4 / 149. الحطاب، مواهب الجليل، 5 / 115. الكنشاوي، أبي بكر، **أسهل المدارك في إرشاد السالك في فقه مالك** ، الطبعة الأولى ،مطبعة عيسى الحلبي وشركاه بمصر. 3 / 21. المطيعي، تكملة المجموع، 14 / 54. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 4 / 266.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، 4 / 149.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 3429.

(4) المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، 14 / 54.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، 4 / 149. أبو البكري، إعانة الطالبين، مصدر سابق، 3 / 79.

أعطوا للدائن حيث جاء في الخرشي ((وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعد أجله))([1]). جـاء في المبدع في شرح المقنع ((إذا مات المكفول به فإنه يبرأ الكفيل وتسقط الكفالة؛ لأن الحـضور سقط عنه فبرئ كفيله كما لو أبرئ من الدين.وظاهره بقاؤها بموت الكفيل فيؤخذ من تركته مـا كفل به، فإن كان دينا مؤجلا فوثق ورثته وإلا حل))([2]).

وبدراسة ما تقدم يتضح للطالب بأن الفقهاء من الحنفية والمالكيـة والحنابلـة وبعـض الشافعية قد اتفقوا على أن الكفالة تنقضي بموت المكفول بنفسه. وذلك لأن الكفيـل إنمـا التـزم إحضار المكفول بنفسه وموته مانع من إحضاره لاستحالته، وعليه فإن الكفيل يبرأ مـن الكفالـة بذلك. بينما يخالف في ذلك بعض الشافعية إذ يرون أن الكفيل بالنفس لا يبرأ من الكفالة بمـوت المكفول بنفسه بل يجب أن يغرم ما عليه.

والذي نميل إليه بأن الكفالة بالنفس تنقضي بموت المكفول بنفسه، وذلك لأن الكفيل قـد التزم إحضار المكفول بنفسه، وموته مانع من إحضاره، ولأن ما التزم به من إحضار المكفـول بنفسه قد سقط عن الأصل بموت المكفول، مما يوجب براءة الفرع لبراءة الأصل.

وأما بالنسبة لموت الكفيل فقد اتضح للطالب بعد دراسة أقوال الفقهاء أنهم قد اختلفوا في اعتبار موت الكفيل سبباً لانقضاء كفالة النفس، حيث يرى فقهاء الحنفية والشافعية بـأن مـوت الكفيل سبب من أسباب انقضاء كفالة النفس، وعليه فإن الكفيل يبرأ من الكفالة؛ وذلك لأن الكفيل بموته أصبح غير قادر على تسليم المكفول بنفسه. بينما يخالفهم في ذلك فقهاء المالكية والحنابلة إذ يرون بأن موت الكفيل ليس سبباً لانقضاء كفالة النفس، وبالتالي فإن الكفيل لا يبرأ بـذلك مـن الكفالة، ويلزمه دفع ما عليه من تركته إذا تعذر عليه إحضار المكفول.

وخلاف الفقهاء في براءة الكفيل بالنفس وعدمها مبني على الخلاف في تغريمه أو عدمه، فمن قال بأن الكفيل ملزم بالإحضار فقط ولا غرم عليه قال ببراءته بالموت، ومن قال بأن الكفيل ملزم بالإحضار فإن عجز لزمه الغرم ذهب إلى أن الكفيل لا يبرأ بموته.

ويمكننا من خلال دراسة ما تقدم أن نجمع بين أقوال الفقهاء في اعتبار أن الكفالة بالنفس تنقضي بموت الكفيل ويبرأ منها بشرط عدم تفريطه أو تساهله، فإن فرط أو تساهل في حياته فإنها تلزم في تركته، وفي ذلك حماية لحق الدائن، وذلك لأن الكفيل إنما التزم إحضار المكفول بنفسه.

---

(1) الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، مصدر سابق، 6 / 27.

(2) ابن مفلح، **المبدع في شرح المقنع**، مصدر سابق، 4 / 266.

المطلب الثالث

المقارنة بين انقضاء الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

لقد سبق الحديث عن طرق انقضاء الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، وتناولنا من خلاله دراسة آراء فقهاء التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، وفي هذا المطلب سوف نعقد مقارنة بين طرق انقضاء الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

ويمكننا من خلال ما تقدم ذكره في المطالب السابقة أن نقارن بين أسباب انقضاء الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، وذلك ببيان أوجه الاتفاق والاختلاف فيما ذهبا إليه على النحو التالي.

1. اتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن الوفاء يعتبر سبب من أسباب انقضاء الكفالة، سواء تم هذا الوفاء من المدين أو الكفيل أو من غيره، حيث ذهب كل من التشريع الوضعي والفقه الإسلامي إلى أن الدائن إذا استوفى حقه من المدين أو من غيره تبرأ ذمة المدين من هذا الدين، فتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك.

2. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي على أن ابراء الدائن للمدين أو الكفيل تنقضي به الكفالة. وبأن إبراء المدين يرتد برده، ولكن أجازت غالبية التشريعات المدنية العربية في حالة رد المدين أن يطعن الكفيل في هذا الرد بالدعوى البوليصية، فلا يسري الرد بحقه، وتبرأ ذمته نهائياً من الكفالة.

3. لم يصرح الفقه الإسلامي في حالة رد المدين أن للكفيل أن يعترض على رده، ذلك لأن الرد لمصلحة الكفيل، ولا يوجد مانعاً شرعياً من القول بذلك؛ لأنه كما ينبغي الحفاظ على مصلحة الدائن كذلك ينبغي المحافظة على مصلحة الكفيل؛ لأن رد المدين للدائن فيه إضرار بالكفيل بعدم إبراء ذمته.

4. من خلال الدراسة السابقة يتضح بأن التشريع الوضعي يرى أنه إذا تصالح الدائن مع المدين وتضمن الصلح تنازل الدائن عن جزء من الدين للكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الصلح، ولا تكون ذمته مشغولة به إلا عن الجزء المتبقي بعد الصلح. في حين أجاز الفقه الإسلامي للكفيل مصالحة الدين الدائن عن دين الكفالة، كما أجاز المصالحة بكل ما يجوز للمدين دفعه للدائن عوضاً عن الدين، وبالتالي تنقضي الكفالة بهذا الصلح. ومما سبق يتبين اتفاق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي على أن

الصلح يعتبر سبباً من أسباب انقضاء الكفالة سواء كان بين الدائن ولمدين أو بين الكفيل والدائن.

5. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي علـــى أن الحوالـــة بالـــدين المكفول تعتبر سبباً لانقضاء الكفالة بشرط رضى الدائن، سواء كان المحيل هو المدين أو الكفيل.

6. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي على أن الكفالة تنقـــضي إذا فسخ الدين المكفول به أو أبطل بسبب من أسباب الإبطال.

7. يرى الفقه الإسلامي بأن كفالة المال لا تنقضي إذا هلك المال المكفـــول بفعل آدمي، ويجب على المتلف بدل ما أتلفه. أما إذا كان الهـــلاك بغيـــر فعـــل آدمـــي كالحيوان مثلاً فتنقضي الكفالة بذلك؛ لأنه لا يمكن تضمينه. إلا أن التشريع الوضعي يرى انقضاء كفالة المال إذا كان الهلاك بفعل الكفيل، فتبرأ بذلك ذمته تبعاً لبراءة ذمة المدين. إلا أن الكفيل يبقى مسؤولا عن خطئه كمدين أصلي نحو الدائن. ومن ذلك نخلص بـــأن التشريع الوضعي يتفق من حيث النتيجة مع الفقه الإسلامي على أن الكفالة بالمال تنقضي بهلاكه وذلك لاستحالة التنفيذ.

8. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي على أن الكفالة تنقـــضي إذا اتحدت ذمة الدائن والمدين أو الكفيل، وذلك كأن يرث المدين أو الكفيـــل الـــدائن. إلا أن التشريع الوضعي يرى أنه إذا كان الاتحاد غير حقيقي كأن إرث المدين للدائن ولكن ظهر هناك وارث آخر يحجبه فإن التزام المدين يبقى قائماً مما يترتب عليه بقاء الكفالة. وهذا مالم يتطرق إليه الفقه الإسلامي، إلا أنه لا مانع من القول ببقاء التزام الكفيل بناء علـــى بقاء التزام المدين الأصلي.

9. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الحنفي والمالكي على انقضاء الكفالـــة بالمقاصة بين الدين المكفول ودين للمدين في ذمة الدائن، مما يترتب عليه انقضاء الدين المكفول كله أو بعضه إذا توفرت شروط المقاصة، وينقضي تبعاً له التزام الكفيل.

10. يرى الفقه الإسلامي أن كفالة النفس تنتهي بتسليم المكفول، ولم يتطرق إلى ذلك التشريع الوضعي، فلم يذكر فيه انقضاء كفالة النفس بتسليم المكفول به.

11. يرى بعض الفقهاء من الحنفية والشافعية أن كفالة النفس تنقضي بموت الكفيل، ويبرأ الكفيل بموته لأنه غير قادر على تسليم المكفول بنفسه، ولا يطالب بـــأداء الدين من تركته. بينما يرى بعض الفقهاء من المالكية والحنابلة عدم انقضاء كفالة النفس بموت الكفيل، وإنما يلزم دفع ما عليه من تركته، بينما لم يتطرق التشريع الوضعي إلـــى

ذكر الكفالة بالنفس، وهو بذلك يتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء من المالكية والحنابلة من عدم انقضاء الكفالة بالنفس بالموت الكفيل، ولا تبرأ ذمته بذلك، بل يطالب بأداء الدين من تركته.

12. يرى التشريع الوضعي أن الكفالة تنقضي بالوفاء بمقابل، كمال لو قام المدين بدفع شيء آخر للدائن بمقابل حقه فإن ذمة الكفيل تبرأ من الكفالة إذا قبل الدائن ذلك تبعاً لبراءة ذمة المدين. ولم يرد في الفقه الإسلامي ما يشير إلى انقضاء الكفالة بالوفاء بمقابل.

13. يرى التشريع الوضعي أن الكفالة تنقضي بانقضاء الدين المكفول بالتجديد والإنابة، كأن يجدد المدين الأصلي بمدين آخر أو يتغير الدائن أو الدين. وهو ما يعبر عنه الفقه الإسلامي بانقضاء الدين بالحوالة إذ أن تجديد المدين أو الدائن هو تحويل الحق من مدين إلى مدين أو من دائن إلى دائن آخر؛ لأن الحوالة هي: نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى. ويرى كذلك الفقه الإسلامي بأن الإنابة صورة من صور الحوالة، فكأن المدين أحال الدائن بدينه إلى مدين آخر.

14. يرى التشريع الوضعي أن الكفالة تنقضي بانقضاء الدين المكفول بالتقادم، بينما لم يعد الفقه الإسلامي التقادم سبباً لانقضاء الكفالة.

15. يرى التشريع الوضعي أن الكفالة تنقضي بأوجه خاصة لم يتطرق لها الفقه الإسلامي كإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، وعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين، وعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره.

الفصل الثاني

آثار الكفالة في التشريع الوضعي

والفقه الإسلامي

سوف نبحث آثار الكفالة في الفصل الثاني ضمن ثلاثة مباحث، نخصص المبحث الأول منها لآثار الكفالة في التشريع الوضعي ضمن ثلاثة مطالب، الأول يكون للعلاقة ما بين الكفيل والدائن، والمطلب الثاني للعلاقة ما بين الكفيل والمدين، والمطلب الثالث يكون للعلاقة ما بين الكفيل وغيره من الكفلاء الآخرين الملتزمين بالدين الأصلي.

أما المبحث الثاني فسوف يكون لبحث آثار الكفالة في الفقه الإسلامي ضمن ثلاثة مطالب، المطلب الأول لبحث العلاقة ما بين الكفيل والدائن، والمبحث الثاني لبحث العلاقة ما بين الكفيل والمدين، والمطلب الثالث لبحث العلاقة ما بين الكفيل وغيره من الكفلاء الآخرين.

أما المطلب الرابع سوف يكون للمقارنة بين آثار الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

المبحث الأول

آثار الكفالة في التشريع الوضعي

إن عقد الكفالة عقد يتم بين الكفيل والدائن وهما طرفاه دون غيرهما، وهذا العقد لا بد أن يترتب عليه آثار تتمثل في حقوق والتزامات في ذمة كل من الكفيل والدائن قبل الآخر، حيث يترتب على تمام عقد الكفالة وانعقاده صحيحا مجموعة من العلائق تتخذ كل علاقة من هذه العلاقات صفات معينة وبنفس الوقت يترتب عليها أحكام خاصة، وهذه الآثار تنشأ عن عقد الكفالة ذاته المنعقد بين الكفيل والدائن.

وعقد الكفالة هو نتيجة علاقة أصلية بين الدائن والمدين الذي ليس طرفا في عقد الكفالة، وفي المقابل يفترض كذلك وجود علاقة ما بين المدين والكفيل، لأن هذه العلاقة هي التي دفعت الكفيل إلى كفالة المدين (المكفول عنه).

وردا على تساؤل البعض من أن الكفيل قد يكفل المدين دون علم هذا الأخير أو حتى رغم معارضته وبالتالي لا وجود لهذه العلاقة.

ويجاب على هذا التساؤل من خلال ما أسلفنا، بأن هذا الفرض نادر الحدوث في الحياة العملية، ورغم ذلك فإن ذلك لا يمنع الكفيل من الوفاء بالدين وبالتالي يكون له حق الرجوع على المدين بما وفاه، حيث نلاحظ بأنه قد نشأ بينهما علاقة ذات صلة وثيقة إن لم يكن بعقد الكفالة ذاته فتكون هذه العلاقة قد نشأت من خلال تنفيذه في أقل احتمال.

وسوف نتناول في هذا المبحث آثار الكفالة في التشريع الوضعي، وهذه الآثار سوف نقتصرها على الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد في ذمة الكفيل والدائن، وذلك باعتبارهما طرفي عقد الكفالة.

فسبب نشوء العلاقة ما بين الكفيل والدائن هو حق الدائن في الرجوع على الكفيل إذا لم يف المدين بالتزامه، أما سبب نشوء العلاقة ما بين الكفيل والمدين أو الكفلاء الآخرين الملتزمين بالدين هو قيام الكفيل أو أحد الكفلاء بالوفاء إلى الدائن، فيكون من حقه أي الكفيل الرجوع على المدين.

المطلب الأول

العلاقة بين الكفيل والدائن

عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل فيترتب على ذلك أن آثار العقد تقتصر على التزام الكفيل بالوفاء بدلا من المدين إذا تخلف هذا الأخير عن الوفاء طبقا للقاعدة العامة، وبناء عليه فإن التزام الكفيل ينفذ جبراً عليه ولكن بعد إنذاره، حيث يكون تنفيذ الالتزام عن طريق رفع دعوى، ثم الحصول على حكم في مواجهة هذا الكفيل وبالتالي التنفيذ بمقتضى هذا الحكم على أمواله.

لقد تبين أن محل التزام الكفيل هو تنفيذ الالتزام الأصلي هذا إذا لم ينفذه المدين نفسه. فالدائن لا يستطيع أن ينفذ بحقه على أموال الكفيل عند الاستحقاق إلا إذا كان لديه سند تنفيذي في مواجهة الكفيل وأن يقوم الدائن بمطالبة الكفيل قضاء ليحصل على حكم بإلزامه الوفاء، أي يجب أن يكون لدى الدائن حكم أو سند رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين، حيث يكون للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل ما يبرئ ذمته من التزامه عند مطالبة الدائن للكفيل.

فبمجرد انعقاد عقد الكفالة واستحقاق الدين وتوفر السند لدى الدائن والرجوع على المدين من قبل الدائن فيكون لهذا الأخير أن يطالب الكفيل بوفاء الدين(1).

والسبب في ذلك كون التزام الكفيل تابع لالتزام المدين حيث يترتب على ذلك أن يكون الالتزام الأول مؤجلا طالما كان التزام المدين كذلك(2).

وخلاصة القول أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل طبقا للقواعد العامة قبل حلول أجل دينه.

ولا يفوتنا أن نذكر ونحن في هذا المقام بأن حق الدائن في الرجوع على الكفيل قد يتعطل بسبب انقضاء التزام الكفيل وهذا الانقضاء يكون إما طبقا للقواعد العامة، أو طبقا للقواعد الخاصة التي نص عليها المشرع في عقد الكفالة.

---

(1) نص المادة 634 من **مجلة الأحكام العدلية** بهذا الخصوص حيث تنص على أنه ((حكم الكفالة المطالبة، وهذا يعني أنه للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل)) وكذلك نص المادة 643 من **مجلة الأحكام العدلية** حيث تنص على أن ((الكفيل ضامن)) و بهذا الخصوص رأي الدكتور أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص 116.

(2) نص المادة 652 من **مجلة الأحكام العدلية** حيث تنص على أنه: ((إذا كان الدين في الكفالة المطلقة معجلا على الأصيل ففي حق الكفيل يثبت معجلا أيضا وإن كان مؤجلا على الأصيل ففي حق الكفيل أيضا يثبت مؤجلا)) وكذلك نص المادة 653 و 654 من **مجلة الأحكام العدلية**.

ومن خلال ما تقدم يلاحظ بأن عقد الكفالة ينشئ علاقة ما بين الكفيل والدائن، ويترتب على هذا العقد التزامات في ذمة الكفيل وكذلك التزامات في ذمة الدائن بعضها ينشأ بموجب العقد ذاته وبعضها يترتب على إيفاء الكفيل الدائن حقه.

فهذه الالتزامات التي تترتب في ذمة كل من طرفي عقد الكفالة وهما الكفيل والدائن، يقابلها حقوق لكل منهما، ونحن في حديثنا عن علاقة الكفيل بالدائن سوف نبحث ذلك في هذا المطلب.

أولا: حقوق والتزامات الدائن

يترتب على كون عقد الكفالة من العقود الملزمة للجانبين وهما الدائن والكفيل نشوء التزامات في ذمة كل من طرفيه ويقابل هذه الالتزامات حقوق لكل منهما. ونحن في هذا المجال سوف نبحث في حقوق والتزامات الدائن، ونبدأ أولا بحقوق الدائن التي تتمثل في مطالبة الكفيل من قبل الدائن أي رجوع الدائن على الكفيل ثم إلزام الكفيل بالوفاء، ثم نبحث ثانيا التزامات الدائن والمتمثلة في تسليم المستندات للكفيل والالتزام بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل.

حقوق الدائن:

رأينا سابقا بأن الكفيل يلتزم بمقتضى عقد الكفالة أن يضمن تنفيذ التزام المدين والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه ويترتب على ذلك أن للدائن حقوق وعليه التزامات فللدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول وله كذلك أن ينفذ على أمواله ليحصل على حقه والسؤال الذي يثور هو متى يجوز للدائن أن يطالب الكفيل تنفيذ التزامه؟ وبمن يبدأ بالمطالبة، هل يبدأ بالكفيل أم بالمدين، لذلك فإننا سوف نقوم بالإجابة على هذا التساؤل من خلال دارسة حقوق الدائن تجاه الكفيل.

1- مطالبة الكفيل بالدين بعد الاستحقاق:

يلتزم الكفيل بموجب عقد الكفالة المبرم ما بينه وبين الدائن كما أسلفنا، بوفاء الالتزام موضوع الكفالة إذا لم يف به المدين الأصلي الذي ليس طرفا في العقد كما أشرنا سابقا في فصول متقدمة.

ولا يقودنا فهمنا عند قراءة عبارة إذا لم يف به المدين أن التزام الكفيل معلقا على شرط وهو عدم وفاء المدين، لأن التزام الكفيل على هذا الوجه هو التزام بات وغير معلق على شرط عدم وفاء المدين.

حيث تشترط القواعد العامة وعقد الكفالة كذلك عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل قبل حلول أجل التزام هذا الكفيل، وبما أن عقد الكفالة عقد تابع فإن الدائن لا يجوز له الرجوع على هذا الكفيل قبل رجوعه على المدين الأصلي.

وبناء على ما سبق فلا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالدين المكفول إلا بعد حلول أجل هذا الالتزام أو الدين، ما لم يكن التزام كل منهما مستقلا عن الآخر، أي أجل التزام الكفيل مستقل عن أجل التزام المدين والمقصود وجود أجل خاص لالتزام الكفيل وأجل خاص لالتزام المدين[1] وهذا هو الأفضل برأينا بالنسبة للكفيل وللمدين كذلك.

من خلال ما سبق نجد بأنه لا يجوز مطالبة الكفيل إلا بعد حلول أجل التزامه حتى ولو كان أجل التزام الدين المكفول قد حل قبل ذلك، والسبب في ذلك لأنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين، وعلى العكس من ذلك لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل التزام المدين أي أجل الالتزام الأصلي.

بما أن المعيار الأساسي لتحديد متى يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بتنفيذ التزامه هو الأجل وهو جواب الشق الأول من السؤال الذي طرحناه في بداية المطلب فإننا سوف نقوم بدراسة هذا الأجل من جميع الوجوه لما له من أهمية في تحديد وقت مطالبة الدائن للكفيل ووقت رجوع الكفيل على المدين الأصلي وهذا الأجل الذي يحل بموجبه مطالبة الكفيل بالتزامه لا يخرج تحديده عن إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أنه قد يكون نفس الأجل الممنوح لالتزام المكفول ذلك أن الأصل العام هو أن أجل مطالبة الكفيل هو أجل الدين الأصلي، بحيث إذا لم يتم الاتفاق في عقد الكفالة على أجل آخر اعتبر أجل الدين الأصلي أجلا لمطالبة الكفيل وفي ذلك تتبلور صفة التبعية أي تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي[2] .

الحالة الثانية: أنه قد يتم الاتفاق على أجل خاص لالتزام الكفيل وفي هذه الحالة لا يكون أجل التزام الكفيل نفس أجل الالتزام المكفول في هذه الحالة لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الأصلي المعطى للكفيل لو حل أجل التزام المدين وأصبحت مطالبة المدين جائزة[3].

وهذا تطبيق لقاعدة أن التزام الكفيل يجوز أن يكون أخف من التزام الأصيل وهو المدين في عقد الكفالة.

والسؤال الذي يثور هنا في هذا المقام هو ما الحكم إذا قام الكفيل وتقدم باختياره بوفاء الدين للدائن؟

---

(1) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط ج10. ص90 و تناغو - سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص58. و حسن - عبد الخالق ، مرجع سابق، ص104. و سعد - نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص 302، ونص المادة 635 من **مجلة الأحكام العدلية** والمادة 1/966 من **القانون المدني الأردني**.

(2) الدكتور خطاب - طلبة وهبة ، **عقد الكفالة**، 1988، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ص23.

(3) الدكتور منصور - مصطفى، مرجع سابق، ص52.

في هذه الحالة إذا تقدم الكفيل وباختياره بوفاء دين الدائن فإنه يجوز له ذلك ولكن بحلول أجل التزام المدين إذا كان هذا الوفاء في مصلحته.

لأن الكفيل قد يرى أن تأجيل الوفاء ومن ثم تأجيل رجوعه على المدين يعرضه لمخاطر إعسار المدين[1].

ويجوز كذلك للكفيل أن يقوم بتسديد الدين قبل حلول الأجل المحدد للدين الأصلي حتى ولو حصل المدين من الدائن على تمديد الأجل بالنسبة للالتزام الأصلي[2].

ونشير هنا بأنه لا يجوز أن يحل أجل دين الكفيل قبل حلول أجل دين المدين وذلك تطبيقا للقاعدة العامة وهي أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام المدين وعلى أي حال فإنه لا بد من التعرض إلى بعض الموضوعات التي تتعلق بتغيير الأجل أو التنازل عنه أو سقوطه في خمسة نقاط:

أولا: إذا تم الاتفاق ما بين الدائن والكفيل على أن يحل أجل التزام الكفيل بعد حلول أجل الالتزام الأصلي، في هذه الحالة لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل المعطى للكفيل حتى لو حل أجل الالتزام الأصلي وأصبحت مطالبة المدين جائزة[3].

ثانيا: إذا تم الاتفاق ما بين الدائن والكفيل على أن يحل أجل التزام الكفيل قبل حلول الأجل المعطى للمدين أي الالتزام الأصلي.

في هذه الحالة لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول أجل الالتزام الأصلي[4]. والسبب في ذلك أن الكفالة في هذه الحالة قد انعقدت بشروط أشد من شروط الالتزام المكفول وهذا غير جائز، إلا إذا تنازل الكفيل عن الأجل المعطى له، وهذا تطبيقا لقاعدة عدم جواز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين وهذا ما نصت عليه غالبية التشريعات العربية والمشار إليها في مكان متقدم من الباب.

ويرى الطالب في هذه الحالة بأنه لا يجوز للدائن الاعتماد على الأجل الوارد في عقد الكفالة والسبب في ذلك هو تطبيق قاعدة عدم جواز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين وذلك لمخالفته قاعدة التبعية، حيث أن الكفيل يستفيد من الأجل الممنوح والمعطى للمدين الأصلي فالتزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، وبناء عليه فلا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالدين

---

(1) الدكتور خطاب – طلبة وهبة ، **عقد الكفالة**، ص 23.

(2) الدكتور يكن– زهدي ، مرجع سابق، ص273.

(3) الدكتور اسعد – أحمد محمود ، مرجع سابق، ص264.

(4) الدكتور منصور – مصطفى منصور، مرجع سابق، ص52.

قبل حلول أجل الدين أو الالتزام الأصلي، حتى ولو استند الدائن في مطالبته هذه للأجل المتفق عليه بينه وبين الكفيل في عقد الكفالة.

ثالثا: إذا تم الاتفاق بين الدائن والمدين على تمديد أجل الالتزام الأصلي أو أنه مدد بحكم القضاء وترتب على هذا التمديد أن أصبح أجل التزام الكفيل حالا قبل حلول أجل التزام المدين الأصلي، فإن الكفيل والحالة هذه سوف يستفيد من هذا التمديد بحيث يمتد أجل التزام الكفيل إلى الأجل المتفق عليه بين الدائن والمدين أو يمتد إلى الأجل الذي حدد بحكم القضاء أي الأجل الجديد[1].

وبناء على ما سبق فأنه لا يجوز للدائن مطالبة هذا الكفيل قبل حلول الأجل الجديد لأن الكفيل يستفيد من هذا التمديد بحكم التبعية وبالتالي لا يجوز للدائن إجبار الكفيل على الوفاء قبل حلول الأجل الجديد الممدد.

والسؤال الذي يثور هنا هو هل يحق للكفيل التمسك بالأجل الأصلي وبالتالي يقوم بالوفاء بالدين الأصلي؟

في الحقيقة الإجابة على هذا السؤال أشار إليها بعض الشراح في مؤلفاتهم وهي أن للكفيل الحق في التمسك بالأجل الجديد إذا كان لهذا الكفيل مصلحة في ذلك[2]. ويرى الطالب أن في تمسكه بذلك مصلحة لأن ذلك يجنبه مشكلة إعسار المدين حتى يمكنه الرجوع على المدين قبل زيادة هذا الإعسار بل أكثر من ذلك فيحق للكفيل كذلك أن يتنازل عن الأجل الجديد ويقوم بالوفاء ولا يجوز للمدين أن يمنعه من ذلك لأنه بذلك يعمل على زيادة عبء الكفيل ويصبح بناء عليه التزام الكفيل أشد من التزامه، فتبعية الالتزام تسمح لهذا الكفيل أن يفي دين الدائن قبل حلول الأجل الأصلي ما دام أن هذا الأجل قد حل بالنسبة للمدين كذلك. ويرى الطالب كذلك بأن الكفيل إذا قام بالوفاء للدائن والمدين مكنه من ذلك فيه إبراء لذمة الكفيل وحتى يتمكن هذا الكفيل من الرجوع على المدين قبل ظهور مشكلة الإعسار إذا كان ما يدل على ذلك، فإذا لم يطالب الدائن بحقه في الوقت المناسب فإنه يكون مسؤولا تجاه الكفيل إذا ترتب على تأخير الدائن في المطالبة بحقه ضرر للكفيل، وذلك بأن يكون المدين قد أعسر خلال تلك الفترة وترتب على ذلك أن يتعذر على الكفيل الرجوع على المدين بما وفاه للدائن.

رابعا: إذا تم الاتفاق بين الدائن والمدين على تعجيل أجل التزام المدين.

---

(1) الدكتور سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص303.

(2) الدكتور منصور – مصطفى منصور، مرجع سابق، ص53، والدكتور العمروسي – أنور ، مرجع سابق، ص252.

هذه الحالة يجيب عليها بعض الشراح بأن الكفيل لا يضار من هذا الاتفاق(1). وبناء عليه فإن الدائن لا يجوز له مطالبة الكفيل إلا عند حلول الأجل الأصلي.

خامسا: إذا سقط أجل الدين الأصلي المكفول بأن كان الدين المكفول به مؤجلا وسقط الأجل بأحد أسباب السقوط في الحقيقة يثور التساؤل حول هذه الحالة بخصوص المدى الذي يتأثر معه التزام الكفيل بسقوط التزام المدين المكفول، فهل يتبع ذلك بالضرورة سقوط أجل التزام الكفيل؟ وهل يمكن مطالبة الكفيل فورا كالمدين؟.

ويجاب على ذلك من خلال التفريق بين أسباب السقوط لأن كل حالة من هذه الحالات تختلف باختلاف سبب السقوط، حيث أنه من المعروف لدى الجميع أن أجل التزام المدين له العديد من أسباب السقوط والتي سوف نعرضها بالتفصيل على النحو الآتي:

أولا: تنازل المدين، فإذا سقط أجل الدين المكفول بتنازل المدين عنه فإن تنازله هذا لا يسري على الكفيل ولا يمكن أن يضار منه(2)، وبناء عليه فإنه لا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يطالب الكفيل إلا عند حلول الأجل الأصلي لدين المكفول الذي سقط بتنازل المدين عنه والسبب في ذلك واضح هو أن المدين لا يمكن له بعد انعقاد الكفالة أن يسيء لمركز الكفيل كما أن الكفيل يستفيد من أي تغيير طارئ يحدث في الالتزام المكفول إذا كان في مصلحته ولا يضار منه، إلا أن ذلك لا يمنع الكفيل من التقدم وباختياره للوفاء بالدين فورا وذلك كما أشرنا سابقا حتى يتلافى احتمالية تعرض المدين لمخاطر الإعسار كما مر معنا سالفا.

ثانيا: وفاة المدين، فإذا سقط أجل الدين المكفول بسب وفاة المدين فإن الدين في هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع مباشرة على الكفيل إلا عند حلول أجل الدين الأصلي، ولكن ما الحكم لو كان الذي توفي هو الكفيل؟

فإذا كان الكفيل هو الذي توفي فإن أجل الدين الأصلي يسقط بالنسبة لهذا الكفيل ويستحق الدين في تركته عند حلول أجل الدين الأصلي أو المعطى للكفيل.

ثالثا: إفلاس وإعسار المدين وعدم تقديمه التأمين الخاص، فإذا كان لالتزام المدين والتزام الكفيل أجل واحد ولكن هذا الأجل قد سقط بسبب إفلاس المدين أو إعساره وبموجبه حصل الدائن

(1) الدكتور السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 91، والدكتور تناغو – سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص 61، والدكتور سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص303.

(2) الدكتور خطاب – طلبة وهبة ، مرجع سابق، ص 77 والبحث المقدم من المعهد القضائي الأردني، سنة 1997 من قبل القاضي العبدلات – حسن ، بخصوص **التزام الكفيل في عقد الكفالة**، ص 45.

على تأمين خاص أو لم يقدم التأمين إليه، فإن ذلك لا يؤدي إلى سقوط الأجل المحدد لالتزام الكفيل والسبب في ذلك لأن المدين لا يستطيع والحالة هذه أن يسوي مركز الكفيل بعد الكفالة[1].

إن سقوط أجل التزام المدين في هذه الحالات يترتب عليه أيضا سقوط أجل التزام الكفيل وهذا الرأي مبني على مقتضى فكرة التبعية إضافة إلى ذلك فإن الغرض من الكفالة هو ضمان حق الدائن من مخاطر إعسار المدين وإفلاسه وقد تحقق ذلك إلا أن غالبية الفقه[2] ترفض هذا الرأي وتنادي بأن سقوط أجل التزام المدين لا يترتب عليه سقوط أجل التزام الكفيل، ذلك أن مقتضى فكرة التبعية تقضي بأن لا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين وإن جاز أن يكون أهون منه إضافة إلى أن الغرض من الكفالة هو ضمان حق الدائن ضد إعسار المدين أو إفلاسه في أجل معين ولا مبرر لسقوط هذا الأجل بالنسبة للكفيل بسبب لا يد له فيه.

وعليه فإنه لا يوجد أي مبرر لسحب الثقة من الكفيل تبعا لسحبها من المدين بسبب إفلاس هذا الأخير أو إعساره ذلك أن إفلاس أو إعسار المدين لا سبب للكفيل فيه[3].

ولا بد في هذا المقام من بيان رأي الفقه حول موضوع سقوط أجل الالتزام الأصلي وأثره على التزام الكفيل وموقف كل من التشريع المصري واللبناني حول هذا الموضوع ووقت المطالبة بالدين ومع أي اتجاه ذهب كل منهم.

لقد انقسم الفقه حول مسألة أثر سقوط أجل الالتزام الأصلي على الكفيل ضمن ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول[4]: يرى أنه إذا سقط أجل الالتزام المكفول لسبب من الأسباب، فإنه يترتب على ذلك سقوط أجل التزام الكفيل وذلك بناء على فكرة التبعية، ويستندون في ذلك بأن الهدف من الكفالة هو ضمان الكفيل إعسار المدين، فإذا سقط أجل التزام الدين المكفول، سقط معه كذلك أجل التزام الكفيل، ويجب على هذا الأخير الوفاء للدائن.

فمن خلال هذا الاتجاه نجد بأنه إذا كان أجل التزام الكفيل يختلف عن أجل التزام المدين أو الالتزام المكفول عدم سقوط الأجل بالنسبة لالتزام الكفيل.

---

(1) الدكتور السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص91، والدكتور سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص303.

(2) الدكتور السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص91.

(3) الدكتور تناغو – سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص59 –60.

(4) الدكتور حسن – عبد الخالق ، مرجع سابق، ص107، وأشار إليه الدكتور منصور مصطفى – منصور، **عقد الكفالة**، هامش رقم 1، ص 54.

الاتجاه الثاني[1]: يرى أنه إذا سقط أجل الالتزام المكفول بسبب إفلاس أو إعسار المدين أو عدم تقديم تأمين خاص يكون للكفيل الحق في التمسك بالأجل الأصلي، رغم سقوط الأجل بالنسبة للمدين، ويستند هذا الاتجاه في ذلك إلى أن التزام الكفيل هو التزام تابع للالتزام الأصلي، وأن التبعية لا تمنع أن يكون التزام الكفيل بشروط أهون من الالتزام المكفول، ويرى هذا الاتجاه كذلك بأن التبعية تعني أن الكفيل لا يلتزم بأكثر مما يلتزم به المدين ويرد على ضمان الكفيل لإعسار المدين، ويرون كذلك ونحن نؤيدهم في ذلك بأن إعسار المدين يجب أن لا يتعدى إلى الكفيل لأنه قبل الكفالة على أساس الأجل الأصلي وأنه استعد للوفاء عند حلول هذا الأجل إذا لم يقم المدين بالوفاء للدائن، ويرون بأن إجبار الكفيل على الوفاء قبل حلول الأجل الأصلي فيه مشقة وضيق على الكفيل ومخالف لعقد الكفالة، فكما يعلم الجميع فالعقد شريعة المتعاقدين.

الاتجاه الثالث[2]: يرى أنه إذا سقط الأجل بالنسبة للمدين فإنه لا يسقط الأجل بالنسبة للكفيل، ويرون بأن الأجل يسقط بالنسبة للكفيل إذا سقط أجل التزام المدين، ولم يقدم المدين للدائن ما وعد به في العقد وشرط ذلك أن يكون الكفيل على علم بهذا الوعد عند انعقاد الكفالة، لأن الكفيل ملزم في هذه الحالة بضمان تنفيذ وعد المدين، ما لم يظهر من عقد الكفالة ما يدل على خلاف ذلك.

والرأي الذي نرجحه من الاتجاهات الثلاثة السابقة هو ما ذهب إليه جمهور الفقه وهو الاتجاه الثاني الذي يرى أنه إذا سقط أجل الالتزام الأصلي المكفول لأحد الأسباب المشار إليها يكون للكفيل الحق في التمسك بالأجل الأصلي، رغم سقوط الأجل بالنسبة للمدين، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: لعدم جواز مساواة مركز المدين بمركز الكفيل، حيث أنه من حق الكفيل أن يستفيد من الأجل الأصلي قبل سقوطه، وهذا ما تقتضيه العدالة.

السبب الثاني: مراعاة مصلحة الكفيل، فيكون له الوفاء بالالتزام إلى الدائن إذا لم يقم المدين بالوفاء، خوفا من إعسار المدين أو إفلاسه أو عدم تقديمه التأمين الخاص.

---

(1) الدكتور مرسي – محمد كامل ، مرجع سابق، ص86. والدكتور عبد الباقي – بد الفتاح ، مرجع سابق، ص120. والدكتور مرقس – سليمان ، مرجع سابق، ص58. والدكتور السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 90. والدكتور الشرقاوي – جميل ، مرجع سابق، ص57 وأشار إليه كذلك الدكتور زكي – محمود جمال الدين ، مرجع سابق، ص70.

(2) الدكتور منصور – مصطفى منصور, مرجع سابق، ص54. والدكتور تناغو – سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص60.

رأي المشرع المصري حول مسألة وقت المطالبة بالنسبة للدائن وسقوط الأجل، فمن خلال نصوص القانون المدني المصري نجد بأن المشرع المصري جعل المطالبة بالدين حق للدائن وليست واجبا عليه، وجعل كذلك أن تكون مصلحة الكفيل في أن يستوفي الدائن حقه في الوقت المناسب والسبب في ذلك حتى تبرأ ذمته من الكفالة بوفاء المدين دينه. أو حتى يمكنه الرجوع على المدين قبل إعساره أو إفلاسه إذا اضطر هو إلى وفاء دين الدائن وجعل المشرع المصري أن من حق الكفيل أن لا يطالب بالدين المكفول إلا بعد مطالبة المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 785 من القانون المدني المصري المعدل يقابلها المادة 751 من القانون المدني السوري والمادة 1036 من القانون المدني العراقي.

وعليه فيحق للدائن مطالبة الكفيل عند حلول الأجل بالنسبة لهذا الكفيل على أن يكون الدين الأصلي قد حل كذلك، ولا يكون الدائن مسؤولا عن تأخره في المطالبة إلا إذا تحقق شرطان اولاهما: ان يثبت أن تأخره في المطالبة كان لخطأ، وثانيهما: أن يترتب على هذا التأخير ضرر للكفيل كأن يكون المدين قد أصبح معسرا ويتعذر على الكفيل الرجوع عليه بما وفاه للدائن ويؤيد ذلك نص المادة 786 مدني مصري على أنه ((إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهماله)).

أما بالنسبة لسقوط الأجل فعند رجوعنا إلى نصوص القانون المدني نجد بأنه إذا سقط أجل الالتزام المكفول لسبب من الأسباب وهو الإعسار والإفلاس وعدم تقديم التأمين الخاص بالنسبة للمدين فإنه لا يسقط أجل التزام الكفيل ومن حقه التمسك بالأجل الأصلي، رغم سقوطه بالنسبة للمدين، وذلك لأن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام الأصلي إذا كان بشروط أهون من الالتزام المكفول وليس بشروط أشد، وهذا ما نصت عليه المادة 273 من القانون المدني المصري والمادة 780 من القانون المدني المصري ويقابلها المواد 746 من القانون المدني السوري و 1013 من القانون المدني العراقي.

أما بالنسبة لرأي المشرع اللبناني من حول مسألة وقت المطالبة بالنسبة للدائن وسقوط الأجل، فمن خلال نصوص قانون الموجبات والعقود اللبناني نجد بأن المشرع اللبناني أوجب على الدائن أن يطالب بالدين عند حلول الأجل الأصلي وأعطى الكفيل أن يداعي الدائن إذا تأخر عن المطالبة بتنفيذ الموجب الذي أصبح مستحق الأداء وهذا ما نصت عليه المادة 1079 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 3/1071 من ذات القانون.

أما بالنسبة لسقوط الأجل فعند رجوعنا إلى نصوص قانون الموجبات والعقود اللبناني نجد بأنه إذا سقط أجل الالتزام الأصلي فإن هذا الأجل لا يسقط بالنسبة للكفيل وللكفيل كذلك أن يتمسك بالأجل الأصلي، وهذا ما نصت عليه المادة 1065 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

ولا يجوز أن يكون التزام الكفيل بشروط أشد من التزام المدين إلا أنه يجوز أن يكون التزام الكفيل بشروط أخف وأهون ويجوز كذلك أن تكون الكفالة لأجل أبعد من أجل الالتزام الأصلي بشرط أن يكون هذا الأجل معين الوقت في البداية والنهاية ونجد كذلك بأنه يجوز أن تعقد الكفالة على قسم من الدين فقط، وهذا ما نصت عليه المادة 1064 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

أما إذا توفي الكفيل قبل حلول أجل الالتزام الأصلي إذا كان الأجل واحد بالنسبة للكفيل والمدين أي الدين الأصلي، أو أن الكفيل توفي قبل حلول أجل التزامه إذا كان أجل التزامه يختلف عن أجل الالتزام الأصلي، في هذه الحالة فإن أجل الدين الأصلي أو أجل التزام الكفيل يسقط ويستحق الدين في تركته قبل حلول الأجل المعطى سواء كان الأجل واحدا أو مختلفا، وإذا تم تحصيل الدين من تركته حق لهؤلاء الورثة الرجوع على المدين عند استحقاق الدين الأصلي وفي ذلك مخالفة للقاعدة العامة القائلة بعدم جواز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين ومخالفة لنص المادة 1064 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

وأما رأي المشرع الأردني حول مسألة وقت المطالبة بالنسبة للدائن وسقوط الأجل، فمن خلال نصوص القانون المدني الأردني، نجد بأن المشرع الأردني قد نص على أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بما تعد به بموجب عقد الكفالة إلا عند حلول أجل التزام الكفيل بالضمان، وهذا هو الأجل الذي يحل بموجبه مطالبة الكفيل بالتزامه، وهذا ما أكدته المادة 1/966 من القانون المدني الأردني، حيث نصت ((على الكفيل أن يفي بالتزامه عند حلول الأجل)).

أما بالنسبة لسقوط الأجل فعند رجوعنا إلى نصوص القانون المدني الأردني نجد بأنه إذا سقط أجل التزام المدين لسبب من أسباب السقوط وهي إفلاسه أو إعساره أو عدم تقديمه تأمين للدين أو انقضاء توثيق الدين بفعله أو بسببه، وهذا ما نصت عليه المادة 404 من القانون المدني الأردني. فإنه يترتب على هذا السقوط سقوط أجل التزام الكفيل وهذا الرأي مبني كذلك على فكرة التبعية أما بالنسبة لانعقاد الكفالة بشروط أشد من التزام المدين والأجل الأبعد والمعجل فقد ذهب المشرع الأردني إلى ما ذهب إليه المشرع المصري واللبناني.

وأما بالنسبة لوفاة الكفيل وأثره على سقوط أجل الالتزام، فإذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول أجل الدين المؤجل فإن الدين يستحق في تركة من مات، وهذا ما أكده نص المادة 973 من القانون المدني الأردني.

أما بالنسبة للشق الثاني من السؤال الذي أثير في بداية هذا المطلب وهو بمن يبدأ الدائن بالمطالبة، هل يبدأ بالكفيل أم بالمدين أم بهما معاً.

فمن خلال رجوعنا لنصوص القوانين المدنية العربية وشروحات الفقهاء وجدنا بأنها قد انقسمت في هذا الخصوص إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول[1]: يمثل هذا الاتجاه غالبية التشريعات العربية الحديثة التي تذهب إلى عدم جواز قيام الدائن بمطالبة الكفيل قبل مطالبته للمدين، ويستند هذا الرأي في ذلك إلى الطبيعة الخاصة للكفالة باعتبارها عقد تابع للدين الأصلي وأن الكفيل غير المتضامن لا يلتزم إلا بصفة احتياطية تستلزم معها أن يرجع الدائن على المدين الأصلي أولا ليطالبه بالدين قبل رجوعه على الكفيل، فإذا لم يستوفي منه جاز له أن يرجع على الكفيل ليطالبه بوفاء الالتزام الذي سبق له أن ضمنه، وتطلق هذه التشريعات على الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا[2].

نستنتج مما سبق بأنه إذا قام الدائن بمطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين فإن الكفيل يستطيع دفع هذه المطالبة بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا أي أن على الدائن أن يرجع على المدين قبل أن يرجع على الكفيل[3].

كما أن هذا الحق يستند إلى قواعد العدل ذلك أنه إذا كان المدين موسرا فإنه ليس من الإنصاف إلزام الكفيل بالإيفاء لذلك يجب أن يرجع أولا على المدين فإذا ما ثبت أنه معسر كان له أن يرجع على الكفيل[4].

كما أن هذه القوانين الحديثة تعتبر أن ذمة الكفيل تكون مشغولة فقط في إمكانية المطالبة وليست مشغولة بالدين ذاته ذلك أن الدين ثابت ابتداء على المدين فيجب الابتداء بمطالبته لا

---

(1) المشرع المصري في المادة 1/788 من **القانون المدني المصري** حيث تنص على أنه ((لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين)) كذلك المشرع **المدني العراقي في** المادة 1/1021 حيث تنص ((يفترض في الكفالة أنها انعقدت على شرط عدم وفاء المدين بالدين ما لم يكن الكفيل قد نل عن هذا الشرط أو كان متضامن مع المدين)) /2 فإذا طولب الكفيل أولا فإن له عند الإجراءات الأولى التي توجه هذه أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين)). وكذلك المشرع اللبناني حيث نص في المادة 1072 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** على أنه ((يحق للكفيل أن يطلب من الدائن في بدء المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس أن يراعي أولا المديون الأصلي في أمواله...)). وكذلك **المشرع السوري** في المادة 1/754 **والمشرع المدني الليبي** في المادة 1/797 **والمشرع المدني الكويتي** في المادة 1/760.

(2) الدكتور سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص 303. و مرقس – سليمان ، مرجع سابق،ص 86.

(3) الدكتور السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص125. والدكتور أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص116.

(4) يكن – زهدي ، مرجع سابق، ص 269.

بمطالبة الكفيل وهم يشبهونه بحالة الدائن المرتهن فهو ينفذ على الرهن في حالة عدم الوفاء من قبل المدين.

الاتجاه الثاني[1]: أساس هذا الاتجاه هو مجلة الأحكام العدلية، يذهب هذا الاتجاه إلى أنه يجوز للدائن أن يبتدئ بمطالبة المدين بالدين وحده وله أيضا أن يقوم قبل ذلك بمطالبة الكفيل بالدين وحده أو أن يقوم بمطالبتهما معا، ويرى هذا الاتجاه إلى أن مطالبة الدائن لإحداهما لا تسقط حقه في مطالبة الأخر، فإذا قام الدائن بمطالبة المدين ولم يتمكن من استيفاء دينه فإن هذه المطالبة لا تسقط حقه في مطالبة الكفيل ولا تعني كذلك إبراءه من الالتزام.

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في العديد من قراراتها حيث جاء في أحدها ((إن من حق الدائن مطالبة المدين الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معا...))[2]، وجاء بقرار آخر لها أن ((للدائن الخيار في مطالبة المدين الأصيل أو الكفيل ولا يعني عدم مطالبته الأصيل إبراء له ويبقى حق الدائن في مطالبته قائما))[3]. فبهذا الحكم يكون المشرع الأردني والإماراتي قد انتهجا منهجا مغايرا لما انتهجته غالبية التشريعات العربية الحديثة المتمثلة بالاتجاه الأول.

فمن خلال ما ذهب إليه المشرع الأردني نجد بأنه لا يستطيع الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بحجة أن عليه أن يطالب المدين أولا.

وبعد عرضنا للاتجاهين نرجح الاتجاه الأول لعدة أسباب: فحسب القواعد العامة التي مفادها أنه لا يحق للدائن مطالبة الكفيل بالدين المكفول إلا عند حلول الأجل بالنسبة لهذا الكفيل وهذا ما أوضحناه آنفا.

بما أن الكفالة عقد تابع للدين الأصلي، والكفيل غير متضامن أي يلتزم بالدين الأصلي بصفة احتياطية كل ذلك يستلزم من الدائن أن يرجع على المدين الأصلي ليطالبه بالدين قبل رجوعه على الكفيل، فإذا لم يف المدين بالدين هنا يحق للدائن أن يرجع على الكفيل من أجل مطالبته بالوفاء بالالتزام الذي كفله، ويؤيد ذلك المادة 788 مدني مصري وبقية المواد التي تقابلها من التشريعات المدنية العربية المشار إليها سابقا.

---

(1) المشرع **المدني الأردني** المادة 1/967 حيث تنص على أن ((للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معا)) وهذه المادة مأخوذة من **مجلة الأحكام العدلية** حيث تنص في المادة 644 منها على أن ((الطالب مخير في المطالبة إن شاء طالب الأصيل بالدين وإن شاء طالب الكفيل ومطالبته لأحدهما لا تسقط مطالبة أحدهما له أن يطالبه الأخر ويطالبهما معا)) والمشرع **الإماراتي** في المادة 1078و 1092.

(2) القرار التمييزي رقم 91/23 المنشور على الصفحة 1767 من **مجلة نقابة المحامين** لسنة 1992.

(3) القرار التمييزي رقم 93/1049 المنشور على الصفحة 668من **مجلة نقابة المحامين** لسنة 1995.

فمن خلال هذا الاتجاه نجد بأننا قد اقتصرنا العديد من الدعاوى التي تقام بمناسبة رجوع الدائن مباشرة على الكفيل ومن ثم رجوع الكفيل على المدين بدعوى مستقلة من أجل استيفاء ما دفعه للدائن.

لأن هذا الاتجاه يمثل الغالبية العظمى للتشريعات العربية وفيه إنصاف للكفيل، فليس من العدل إلزام الكفيل بالوفاء وحالة المدين موسرة، لذلك يجب الرجوع أولا على المدين فإذا ثبت أنه معسر كان للدائن أن يرجع على الكفيل.

ويثور السؤال هنا هو ما المقصود بالرجوع؟ يقصد بالرجوع هنا المطالبة القضائية، أي أن يقوم الدائن برفع دعوى على المدين الأصلي.

فالأعذار الموجبة للمدين من قبل الدائن لا يكفي وحده للرجوع على الكفيل[1]. وبالتالي لا يمكنه من الرجوع بعد ذلك على الكفيل.

ومما تقدم فإن الدائن إذا قام برفع دعوى ضد الكفيل وحده قبل رجوعه على المدين، فإن الكفيل في هذه الحالة له أن يدفع هذه الدعوى بوجوب الرجوع على المدين أولا، وهذا ما يطلق عليه الدفع بعدم قبول الدعوى والسبب في ذلك لأن الدائن رفعها على الكفيل قبل أن يرفعها على المدين[2].

فالكفيل له أن يدفع بهذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى وفي أية حالة تكون عليها الدعوى وفي أية مرحلة من مراحل التقاضي، ولا يعتبر ذلك من النظام العام أي لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[3].

ولا نريد أن نتوسع في هذا الدفع لأننا سوف ندرس ذلك في باب مستقل خاص بالدفوع الخاصة بالكفالة بشكل عام لاحقا.

فمبدأ عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل قبل الرجوع على المدين له استثناءات وهي:

فإذا طالب الدائن الكفيل كان لهذا الأخير أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين، حيث أن مطالبة الكفيل تكون بعد مطالبة المدين، إلا أنه يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين إذا تنازل الكفيل عن حقه في مطالبة الدائن بوجوب الرجوع على المدين أولا، وفي هذه الحالة يكون للكفيل الرجوع على المدين والكفيل معا وله كذل الرجوع على الكفيل

---

(1) الدكتور منصور – مصطفى منصور، مرجع سابق، ص55.

(2) نص المادة 788/1 **مدني مصري** ويقابلها المواد 1072 **موجبات وعقود لبناني** والمادة 1021 **مدني عراقي** والمادة 754 **مدني سوري** والمادة 760 **مدني كويتي**.

(3) الدكتور عبد الباقي – عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص233. والدكتور زكي – محمود جمال الدين ، مرجع سابق، ص88. والدكتور سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص305.

وحده، ولا فرق فيما إذا كان التنازل صريحا أو ضمنيا، وقت الكفالة أم بعدها والسبب في ذلك لأن هذا الحق يتعلق بمصلحة الكفيل فقط[1].

يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين إذا كان الكفيل متضامن مع المدين[2] لأن طبيعة التضامن تخول الدائن الحق في أن يرجع على أي من المدينين مجتمعين أو منفردين[3] .

وهذا رأي غالبية التشريعات العربية الحديثة إلا أننا نجد أن المشرع الأردني قد اختار حكما مغايرا تماما لما اختارته هذه التشريعات التي أشرنا إليها سابقا، فهو يرى أنه يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين، لأنه يرى أن الكفيل دائما متضامنا مع المدين، في حين أن المشرع المصري واللبناني والسوري لا يرون التضامن إلا في الكفالة القضائية والقانونية فقط، أي أنهم يشترطون في التضامن الاتفاق وبالتالي فهو جائز في الاتفاقية[4].

يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين إذا كان المدين التاجر مفلسا أو كان المدين غير التاجر في حالة إعسار وكان هذا الدائن قد تقدم بدينه في التفليسة، فإذا لم يتقدم الدائن في التفليسة كان للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له[5]، وعبء إثبات إعسار المدين على الدائن.

إذا كان لدى الدائن سند تنفيذي بدينه الآخر الذي لا يحتاج معه إلى استصدار حكم ضد المدين، هنا يكون للدائن الرجوع على الكفيل بشرط أن يكون قد نبه على المدين بالوفاء بناء على ذلك السند التنفيذي[6]. وبالتالي فإن ذلك يمنح الدائن بعد ذلك الحق في مطالبة الكفيل.

---

(1) السنهوري- عبد الرزاق ، الوسيط ج10 ، ص103. ومنصور – مصطفى، مرجع سابق، ص 57. و أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص 125.

(2) نص المادة 1/788 **مدني مصري** التي مفادها أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين حتى تمسك الكفيل بذلك ولم يكن متضامنا مع المدين، فإذا كان الكفيل متضامن لا يجوز له ذلك، وكذلك نص المادة 1073 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** وكذلك نص المادة 754 **مدني سوري، والطعن المصري** رقم 597 لسنة 49ق، جلسة 1983/12/8.

(3) السنهوري – عبد الرزاق ، الوسيط ج10 ، ص102.

(4) نص المادة 795 **مدني مصري** حيث تنص على أنه ((في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين)). وكذلك المادة 1069 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** حيث تنص على أنه ((إن الكفالة لا تتضمن التكافل بدون اتفاق صريح)). وكذلك نص المادة 761 **مدني سوري** والمادة 1030 **مدني عراقي**.

(5) الدكتور عبد الباقي – عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص130. و مرقس – سليمان ، مرجع سابق، ص 59، ومنصور – مصطفى، مرجع سابق، ص55. وكذلك نص المادة 1073 **موجبات وعقود لبناني** والمادة 786 **مدني مصري**.

(6) الدكتور مرقس – سليمان ، مرجع سابق، ص80.

إذا كانت الأموال التي تجوز فيها المطالبة موضوعة للنزاع أو مرهونة تأمينا لديون تستغرق قسما كبيرا من قيمتها أو كانت غير كافية بوجه واضح لإيفاء الدائن، أو إذا لم يكن للمدين على هذه الأموال إلا حق قابل للإلغاء[1].

فإذا قام الدائن برفع الدعوى ضد الكفيل وحده وقبل أن يطالب المدين، أو حتى قبل أعذاره في حالة الإفلاس بالنسبة للمدين هنا يكون للكفيل أن يدفع هذه المطالبة القضائية بعدم قبول الدعوى.

وخلاصة القول أن على الدائن أن يطالب الكفيل عند حلول أجل الدين المكفول، وإن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي بالنسبة للأجل، وهذا الأجل دائما مؤجل وبالتالي فإن التزام الكفيل يكون هو الأخر مؤجلا تبعا للالتزام الأصلي، وإن الدائن يستطيع أن يرجع على الكفيل كما يستطيع أن يرجع على المدين، فالدائن لا يستطيع أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المعطى للكفيل وليس الأجل المعطى للمدين، والسبب في ذلك هو أنه قد يكون الأجل المعطى للكفيل يختلف عن الأجل المعطى للمدين مع مراعاة أن لا يكون الأجل المعطى للكفيل اقصر من الأجل المعطى للمدين وذلك تطبيقا للقاعدة العامة ومفادها أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين، إلا أنه لا يجوز لهذا الدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول الأجل إذا تنازل الكفيل عن الأجل المعطى له وتنازل كذلك لمدين عن الأجل المعطى له إذا كان أجل المدين يحل قبل أجل الكفيل.

2- إلزام الكفيل بالوفاء:

إذا حل أجل الدين المكفول بالنسبة للكفيل وطالب الدائن الكفيل بالدين بعد أن رجع على المدين، ولم يكن للكفيل أي وجه من أوجه رد مطالبة الدائن له بالدين المكفول، كان ملتزما بالوفاء للدائن في حدود التزامه بهذه الكفالة، فإن لم يقم الكفيل بهذا الوفاء باختياره كان للدائن أن يلجأ إلى إجراءات التنفيذ الجبري على أمواله.

أما إذا قام الكفيل بالوفاء جبرا أو اختيارا كان له الرجوع على المدين بالدين، وحيث أن الكفيل يرجع على المدين الأصلي بالالتزام المكفول بعد دفعه من قبله، فقد أوجب القانون على الدائن أن يسلم ما لديه من مستندات وينقل ما لديه من ضمانات إلى الكفيل، وذلك من أجل أن يستفيد منها الكفيل في رجوعه على المدين بما وفى من دين. وإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو حتى محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل[2].

---

(1) نص المادة 1073 **موجبات وعقود لبناني.**

(2) هذا ما نصت عليه المادة 787 **مدني مصري** حيث جاء فيها أنه ((يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه بالدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، فإذا كان الدين مضمونا بمنقول أو مرهون أو محبوس وجب

نلاحظ مما سبق أنه يترتب على وفاء الكفيل حق الدائن التزامات تقع على عاتق هذا الدائن وهذه الالتزامات سوف نبحثها لاحقا، فمجرد حلول الأجل ورجوع الدائن على المدين وحلول الأجل بالنسبة للكفيل حق للدائن أن يرجع على الكفيل ويلزمه بالدين.

التزامات الدائن

يترتب على قيام الكفيل بوفاء الدين المكفول من قبل سواء كان هذا الوفاء جبريا أو اختياريا التزام الدائن بنقل التأمينات التي تضمن الدين المكفول للكفيل وكذلك تسليم الكفيل المستندات اللازمة له، كي يتمكن من الرجوع على المدين واستيفاء حقه منه.

أولا: التزام الدائن بتسليم المستندات اللازمة للكفيل:

إذا رجع الدائن على الكفيل وكان الرجوع قانونيا صحيحا وقام الكفيل بوفاء دين الدائن هنا في هذه الحالة وجب على الدائن أن يقوم بتسليم الكفيل المستندات اللازمة للكفيل، وتكمن أهمية ذلك في استطاعة الكفيل بموجب هذه المستندات الرجوع بدوره على المدين لاستيفاء ما دفعه للدائن منه[1].

أما إذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين جاز للكفيل الذي وفى كل الدين أن يرجع على الكفلاء الآخرين ليطالبهم بقدر نصيبهم في الدين المكفول[2].

نلاحظ مما سبق أن التزام الدائن ينشأ بحكم القانون بمجرد استيفاء حقه من الكفيل، بل أكثر من ذلك بمجرد استعداد الكفيل للوفاء.

ولكن ما الحكم إذا امتنع الدائن عن تسليم هذه المستندات للكفيل حتى يتمكن من الرجوع على المدين، في هذه الحالة جاز للكفيل الامتناع عن الوفاء له، وللكفيل كذلك أن يقوم بإيداع مبلغ الدين المكفول إيداع قضائي في صندوق المحكمة المختصة حتى ينفذ الدائن التزامه وتبرأ ذمة الكفيل[3].

ثانيا: التزام الدائن بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل.

على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل)). ويقابل هذه المادة نص المادة 753 من **القانون المدني السوري** وكذلك المادة 1026 **مدني عراقي**.

(1) نص المادة 1/787 من **القانون المدني المصري** ويقابلها: المادة 753 **مدني سوري**. المادة 1026 **مدني عراقي**. المادة 980 **مدني أردني**. المادة 1091 **معاملات مدنية إماراتية**. القرار التمييزي رقم 92/542 المنشور على الصفحة 247 من مجلة نقابة المحامين لسنة 1994م الأردنية.

(2) الدكتور سعد – نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص 326.

(3) الدكتور منصور – مصطفى منصور، مرجع سابق، ص82، والدكتور سعد – نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص326.

أما إذا كان الدين المكفول موثقا بتوثيق عيني آخر كالمرهون، هنا في هذه الحالة يجب على الدائن التخلي عنه للكفيل إذا كان منقولا، وإذا كان عقارا يجب على الدائن نقل حقوقه له، في سبيل أن يتحمل الكفيل نفقات هذا النقل[1]. ويترتب على قيام الكفيل بدفع نقل حقوق العقار له أن يكون لهذا الكفيل الرجوع بها على المدين حسب ما تقتضيه العدالة وكذلك المصلحة[2]. والسبب في ذلك لأن قيام الكفيل بوفاء الدين يكون قد حل محل الدائن في الدين الذي وفاه له وهذا تأكيد لما جاء في نصوص التشريعات العربية المشار إليها آنفا.

ولكن ما الحكم إذا امتنع الدائن عن تنفيذ هذا الالتزام، هنا في هذه الحالة جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء للدائن ولا يعتبر الكفيل مخلا بالتزامه[3] وبذلك الدائن مجبرا على نقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل وتكون بذلك وسيلة ضغط على الدائن، وهذا الأمر نادر الوقوع لأن الدائن هدفه الوحيد هو تحصيل حقه وهو يعرف أن الكفيل ما جاء إلا لضمان هذا الحق وغالبا ما تكون علاقته جيدة مع الكفيل.

ونخلص بأن الدائن حتى يتمكن من الرجوع على الكفيل في حالة إعسار أو إفلاس المدين الأصلي، فإنه يتوجب عليه والحالة هذه أن يقوم بالتزام آخر وهو المشاركة مع الدائنين الغرماء من خلال التقدم بالتفليسة بدينه، حيث يترتب على عدم تقدمه في التفليسة سقوط حق الدائن في الرجوع على الكفيل ولكن بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر وهذا مأخوذ من مذهب الشافعية والمالكية[4].

نستنتج من خلال دراستنا لحقوق والتزامات الدائن ما يلي:

1. أنه لا يجوز للدائن كمبدأ عام أن يرجع على الكفيل، قبل رجوعه على المدين وإن كان العكس صحيحا. فالدائن يجب عليه أن يبدأ بمطالبة المدين عند حلول الأجل ثم يقوم بمطالبة الكفيل عند حلول أجل التزامه، والمطالبة المقصودة هي المطالبة القضائية وليست الودية.

---

(1) السنهوري ـ عبد الرزاق، الوسيط، ج 10ص134.

(2) الدكتور زحيلي ـ وهبة، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر ، دمشق، 1987م، ص322 وكذلك نص المادة 3/787 **مدني مصري** والمادة 753 **مدني سوري** والمادة 980 **مدني أردني** والمادة 1091 **معاملات مدنية إماراتي**.

(3) تناغو ـ الدكتور سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص86. مرقس ـ سليمان، مرجع سابق، ص81-82.

(4) نص المادة 786 **مدني مصري**، والمادة 1073 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**، وكذلك المادة 978 **مدني أردني**، والمادة 1089 **إماراتي**، والمادة 152 **مدني سوري**، والمادة 758 **مدني كويتي**، والمادة 1028 **عراقي** والمادة 668 **سوداني**.

2. إن المشرع المدني العربي لم يسو بين الكفيل والمدين، بل اعتبر الكفيل مدينا تبعيا، لذلك لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين.

3. يترتب على قيام الدائن بمطالبة الكفيل قبل رجوعه على المدين وكان هذا الأخير موسراً انقضاء الكفالة. أما إذا كان المدين معسرا فلا يترتب على ذلك انقضاء الكفالة بل عدم قبول دعوى الدائن قبل الكفيل، ولكن بشرط أن يكون الكفيل قد دفع بعدم قبول الدعوى قبله، أما إذا سكت أو لم يدفع بعدم قبول الدعوى فإن ذلك يعد قبولا منه للوفاء بالدين للدائن.

4. يترتب على قيام الكفيل بوفاء الدين المكفول للدائن، عدة التزامات وهي الالتزام بتسليم الكفيل مستندات الدين، والتزام بالمحافظة على التأمينات الخاصة وإحلال الكفيل فيها عند وفائه الدين.

5. للكفيل أن يتمسك بعدم وجوب مطالبته قبل مطالبة المدين إذا توفرت شروط هذا الدفع.

6. للدائن أن يتخلص من الدفع بعدم جواز مطالبته الكفيل قبل مطالبة المدين، بالرجوع على المدين والكفيل معا، وكذلك بالرجوع على المدين أولا ثم يرجع بعد ذلك على الكفيل.

7. للكفيل استعمال الدفع بالتجريد، إذا قام الدائن بالرجوع على الكفيل والمدين معاء أو إذا رجع الدائن على المدين ثم بعد ذلك رجع على الكفيل.

8. للدائن أن يتخلص من الدفع بالتجريد، بالرجوع على المدين وتجريده ثم الرجوع على الكفيل، أو أن يشترط في عقد الكفالة أن يكون الكفيل متضامن مع المدين.

ثانيا: التزامات وحقوق الكفيل

يقع على عاتق الكفيل بموجب عقد الكفالة المبرم بينه وبين الدائن الالتزام بالوفاء للدائن متى استحق الدين المكفول في ذمة الكفيل، فالالتزام بالوفاء للدائن هو الالتزام الوحيد الذي يقع على عاتق الكفيل متى استحق الدين المكفول في ذمته وكان رجوع الدائن صحيحا عليه، فالأصل أن يرجع الدائن أولا على المدين الأصلي وبعد تجريده كانه له الرجوع على الكفيل ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا الخصوص المشار إليها سابقا، ويقابل التزام الكفيل حقوق رتبها القانون لهذا الكفيل فهذه الحقوق هي أنه للكفيل الحق في الرجوع على المدين الأصلي بالدين الذي وفاه متى كان رجوع الدائن صحيحا ووفى الكفيل الدين

المكفول، وللكفيل الحق في التمسك بالدفوع في مواجهة الدائن عند مطالبته من قبل هذا الأخير، فهذه الدفوع منها ما هو خاص بالالتزام الأصلي، ومنها ما هو خاص بالكفيل.

ففي هذا المجال سوف نقوم ببحث التزامات الكفيل والمتمثلة في التزام الكفيل بالوفاء للدائن، أما فيما يتعلق بحقوق الكفيل سوف نتعرض لحق لحق الكفيل في الرجوع على المدين بعد الوفاء، أما حق الكفيل في التمسك بالدفوع في مواجهة الدائن عند مطالبته فإننا سوف نرجي بحث هذا الموضوع إلى الحديث عن الدفوع لاحقا في فصول مستقلة وبشكل مفصل.

التزام الكفيل بالوفاء للدائن:

إذا كان للدائن بموجب عقد الكفالة أن يطالب الكفيل بما تعهد به، فإن ذلك لا يعني أن يكون للدائن الحق في هذه المطالبة إلا عند حلول أجل التزام الكفيل بالضمان، وسبق أن تحدثنا عن الأجل بشكل كافي ولا داعي لإعادة الحديث عنه، وهذا الرجوع يفترض ابتداء صحة التزام الكفيل مع اشتراط أجل للوفاء بالتزامه، ولقد رأينا بأن غرض المشرع من القواعد المتعلقة بحلول الأجل والتي تحكم رجوع الدائن على الكفيل هو حماية للكفيل ذاته وسبب ذلك عدم جواز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين وإن كان يجوز العكس.

فالدائن يلتزم بمطالبة الكفيل بالوفاء بالدين المكفول، إذا لم يف به المدين لدائنه، ويلتزم كذلك بمطالبة المدين عند حلول أجل الدين المكفول فإذا لم يفي المدين بالدين كان لهذا الدائن أن يطالب الكفيل، وعلى الكفيل أن يفي بالتزامه عند حلول الأجل المضروب لهذا الالتزام من جهة الكفيل. وإذا كان التزام الكفيل معلقا على شرط، هنا في هذه الحالة وجب الوفاء به عند تحقق الشرط[1].

ويلتزم الكفيل كذلك بوفاء الدين على وفق الكفالة أي حسب نوع الكفالة فعلى سبيل المثال إذا وقعت الكفالة مطلقة، فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل، معجلا كان الدين أو مؤجلا[2].

فإذا لم يكن للكفيل أي وجه من أوجه رد مطالبة الدائن له بالدين المكفول كان هذا الكفيل ملزما بالوفاء للدائن ولكن في حدود التزامه بهذا الضمان، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما الحكم إذا لم يقم الكفيل بالوفاء في هذه الحالة باختياره كان لهذا الدائن أن يلجأ إلى إجراءات التنفيذ الجبري على أمواله.

فإذا قام الكفيل بالوفاء على الوجه السابق وفاء صحيحا، كان له الرجوع على المدين الأصلي بالالتزام المكفول بعد دفعه من قبله، وبناء عليه فقد أوجب القانون على الدائن الموفى له

(1) **مجلة الأحكام العدلية** المادة 634 والمادة 637 وكذلك المادة 639 والمادة 643.

(2) الدكتور زحيلي – وهبة، مرجع سابق، ص323.

من قبل الكفيل أن يسلم ما لديه من مستندات وينقل ما لديه من ضمانات إلى هذا الكفيل، ليستفيد منها في رجوعه بما وفى به من دين[1].

حقوق الكفيل:

إذا رجع الدائن على الكفيل للوفاء بالدين الذي ضمنه فإن من حق الكفيل إذا ما قام بالوفاء للدائن أن يرجع بدوره على المدين لاستيفاء ما دفعه للدائن ذلك أن التزام الكفيل بالوفاء للدائن – في حالة عدم الوفاء من قبل المدين للدائن- لا يعد من قبيل التبرع كما مر سابقا. وعليه وتسهيلا لمهمة الكفيل فقد رتب المشرع المدني العربي العديد من الإجراءات التي تجب على الدائن مراعاتها كل ذلك بهدف تمكين الكفيل من استيفاء حقه كاملا من المدين هذه الإجراءات تشكل بمجملها حقوقا وضمانات للكفيل تقع على عاتق الدائن لذلك فإنني سوف أتناول هذه الحقوق ضمن أربعة نقاط على النحو الآتي:

أولا: حق الكفيل في إلزام الدائن بالمطالبة بالدين.

ثانيا: حق الكفيل في الحصول على سند الدين.

ثالثا: حق الكفيل بالتخلي له عن التأمينات من قب الدائن.

رابعا: حق الكفيل بعدم رجوع الدائن عليه قبل المدين.

---

(1) جاء ذلك في المادة 787 من **القانون المدني المصري** ويقابلها مواد القوانين المدنية العربية المشار إليها سابقا.

أولا: حق الكفيل في إلزام الدائن بالمطالبة بالدين.

تنص غالبية التشريعات العربية المدنية على أنه إذا استحق الدين، ولم يطالب الدائن المدين به فيجوز للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، ونصت كذلك هذه التشريعات على أنه إذا لم يقم الدائن بهذه الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار ولم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا خرج الكفيل من الكفالة أي برئت ذمة الكفيل من الكفالة[1].

فقد نصت المادة 785 مدني مصري على أنه:

((1- لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

2- على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا)).

وهذا ما نصت عليه المادة 1079 من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نصت على أنه: ((يحق للكفيل، لكي يبرأ من الدين، أن يراعي الدائن إذا تأخر عن المطالبة بتنفيذ الموجب الذي أصبح مستحق الأداء)).

وكذلك القانون المدني السوري في المادة 751 منه والقانون المدني الأردني في المادة 981 منه، حيث جاءا بنص مماثل لما جاء به القانون المدني المصري وقانون الموجبات والعقود اللبناني.

فمن خلال النصوص السابقة نجد بأنه من المعروف أن مطالبة الدائن للمدين هو حق له وليس واجبا عليه إلا أن هناك مصلحة للكفيل في ذلك تمكن من ضرورة أن يبادر الدائن إلى مطالبة المدين عند حلول أجل الدين وذلك حتى يتفادى الكفيل حالة إعسار المدين[2]. إذا ما قام هو بالوفاء للدائن وقام بالرجوع على المدين. فإذا كان هذا المدين معسرا فما هي الفائدة من هذا الرجوع؟

لذلك فقد أوجب المشرع المدني العربي على الدائن عند حلول الأجل أن يبادر إلى مطالبة المدين، فإذا لم يقم بالمطالبة عندها جاز القانون للكفيل بأن يقوم بإنذار الدائن بضرورة قيامه باتخاذ الإجراءات المناسبة التي تحفظ له حقوقه، فإذا لم يقم المدين بذلك خلال ستة شهور من

---

(1) نص المادة 785 **مدني مصري** ويقابلها كذلك نص المادة 751 **مدني سوري** والمادة 1079 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** والمادة 981 **مدني أردني** والمادة 1036 **مدني عراقي** والمادة 757 **مدني كويتي**.

(2) د. مرقس ـــ سليمان، مرجع سابق، ص77.

تاريخ الإنذار أو لم يقدم المدين من الضمانات ما تكفي للحفاظ على حقوق هذا الكفيل فإنه والحالة هذه يخرج الكفيل من الكفالة وبالتالي تبرأ ذمته تبعا لذلك.

فالبنسبة لوقف التقادم وانقطاعه وتأثيره على مدة الستة شهور وهي مهلة المدين لاتخاذ الإجراءات أو تقديم ضمانات تكفي للحفاظ على حقوق الكفيل

فهذه المدة هي مدة سقوط وليست تقادم، وبالتالي لا يرد عليها وقف أو انقطاع وتسري كذلك في حق الناس كافة بمن فيهم الغائب وناقص الأهلية متى استوفى الإنذار شروطه القانونية[1].

فعند استقراء نصوص التشريعات العربية المشار إليها آنفا نجد أن هدف المشرع من هذه النصوص هو حماية الكفيل وحسم الأمر بالنسبة له حتى لا يظل مهدد بالكفالة وبرجوع الدائن عليه لمدة طويلة.

فإذا لم يرجع الدائن بالدين على المدين خلال مدة الستة شهور من تاريخ الإنذار، قامت قرينة قانونية قاطعة على إبرائه ذمة الكفيل[2].

ثانيا: حق الكفيل في الحصول على سند الدين.

إذا رجع الدائن على الكفيل، للوفاء بالدين، فإن الدائن يلتزم بأن يسلم للكفيل سند الدين والمستندات اللازمة، وقت وفاء الدين، حتى يتمكن هذا الكفيل الموفي من الرجوع على المدين، فهذا الدائن لا يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين أو تجريده، ولكن ما الحكم إذا لم يقم الدائن بتسليم سند الدين للكفيل من تلقاء نفسه؟

لقد ذهبت غالبية التشريعات المدنية العربية في ذلك أنه على الدائن عند استيفائه الدين من الكفيل أن يقوم بتسليم الكفيل سند الدين، فهو واجب على الدائن وبنفس الوقت حق للكفيل[3].

حيث أن حيازة الكفيل لهذا السند يعد دليلا على قيام الكفيل (الحائز) على الوفاء وعلى هذه جاء قرار محكمة التمييز الأردنية الذي يقضي بأنه ((تعتبر حيازة الكفيل للكمبيالات بأنها

---

(1) المستشار طلبة ـــ أنور، مرجع سابق، ص1109.

(2) الدكتور السنهوري ـــ عبد الرزاق، مرجع سابق، ص251. والدكتور زكي ـــ جمال، مرجع سابق، ص86.

(3) نص المادة 787 **مدني مصري** ويقابلها كذلك نص المادة 753 من **القانون المدني السوري** والمادة 659 **مدني جزائري** والمادة 1/98 **مدني أردني** والمادة 1026 **مدني عراقي** والمادة 1091 **إماراتي**.

مالكها وأنه قام بوفاء الالتزام المكفول للدائن وفقا لما تقضي به المادة 1189 من القانون المدني الأردني)) [1].

أما في حالة امتناع الدائن عن القيام بذلك فإنه باستطاعة الكفيل أن يمتنع بدوره عن الوفاء بحيث لا يعتبر ذلك إخلالا بالالتزام من قبله، كما يستطيع الكفيل أن يقوم بإيداع مبلغ الدين لدى صندوق المحكمة وبذلك تبرأ ذمته.

وعليه فإن أهمية التزام الدائن في تسليم الكفيل سند الدين وحق الكفيل في ذلك يمكن في استطاعة الكفيل بموجب هذا السند الرجوع بدوره على المدين وذلك لاستيفاء ما دفعه للدائن منه، ولأن حق الكفيل في الرجوع على المدين يوجب على الدائن كذلك أن يمكنه من سند الدين لاستعمال هذا الحق، وهذا الالتزام الذي يقع على الدائن الذي هو في نفس الوقت حق للكفيل إنما نشأ بقوة القانون وبمجرد استيفاء الدائن حقه من الكفيل كما جاء في نصوص كثير من التشريعات العربية.

ثالثا: حق الكفيل بالتخلي له عن التأمينات من قبل الدائن.

تنص غالبية التشريعات المدنية العربية على حق الكفيل بالتخلي له عن التأمينات من قبل الدائن، وأنه بنفس الوقت التزام يقع على عاتق الدائن.

فعند قيام الكفيل بالوفاء للدائن فإنه ونتيجة لذلك يحل محله في الدين المكفول وضماناته وبالتالي تترتب له نفس الحقوق التي كانت للدائن وما على الدائن إلا أن يقوم بالتخلي للكفيل عن التأمينات الضامنة لهذا الدين، سواء كانت منقولة (مرهونة أو محبوسة) أو غير منقولة. وإذا ما امتنع الدائن عن القيام بذلك فللكفيل أن يمتنع عن الوفاء له بحيث لا يعد إخلالا بالتزامه كما أوضحنا ذلك سابقا.

رابعا: حق الكفيل بعدم رجوع الدائن عليه قبل المدين.

إذا حل أجل التزام المكفول وقام الدائن برفع دعوى ضد الكفيل وحده قبل رجوعه على المدين، فإن للكفيل في هذه الحالة أن يدفع هذه الدعوى بوجوب الرجوع على المدين أولا، ويطلق على هذا الدفع بعدم قبول الدعوى وهذا ما أخذت به غالبية التشريعات العربية كمبدأ عام [2]، إلا أنها أوردت استثناءات على هذا المبدأ، وهي حالة ما إذا تنازل الدائن عن هذا الحق، والحالة

---

(1) تنص المادة 1189 **مدني أردني** على انه ((لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سند لحامله وكانت حيازته إلى سبب صحيح وحسن النية))، /2 ((وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك)). والقرار التمييزي المشار إليه سابقا.

(2) نص المادة 1/788 **مدني مصري** ويقابلها كذلك المادة 1072 **موجبات وعقود لبناني** والمادة 1021 **مدني عراقي** والمادة 754 **مدني سوري** والمادة 760 **مدني كويتي**.

الثانية إذا كان الكفيل متضامن مع المدين، والحالة الثالثة إذا كان المدين مفلسا أو معسرا إذا كان غير تاجر، في غير هذه الحالات للكفيل أن يستعمل حقه وهو عدم رجوع الدائن عليه قبل الرجوع على المدين.

من خلال دراستنا لالتزامات وحقوق الكفيل نجد أن الالتزام بالمطالبة بالدين هو حق للكفيل، لثلاثة أسباب:

السبب الأول: مصلحة الكفيل في استيفاء الدائن حقه حتى تبرأ ذمة هذا الكفيل من الكفالة بوفاء المدين دينه.

السبب الثاني: حتى يتمكن الكفيل من الرجوع على المدين قبل إعساره إذا قام الكفيل بإيفاء الدائن حقه.

السبب الثالث: مصلحة الكفيل في أن لا يطالب بالدين المكفول إلا بعد توجيه المطالبة للمدين. فلكل ما تقدم نجد بأن المطالبة بالدين حق للكفيل وليس حق للدائن بل واجبا عليه ونجد كذلك أن عدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين وإلزام الدائن بالمطالبة بالدين وكذلك تمكين الكفيل من الحصول على سند الدين والتخلي للكفيل عن التأمينات الضامنة لدين الدائن هي في الحقيقة التزامات تقع على عاتق الدائن ويجب عليه القيام بها وبنفس الوقت حقوق للكفيل.

المطلب الثاني

العلاقة بين الكفيل والمدين

عرفنا في المطلب السابق أن علاقة الكفيل بالدائن هي العلاقة الوحيدة التي من نتاج عقد الكفالة ذاته، أما العلائق الأخرى فهي تنشأ بقوة القانون على أساس واقعة الوفاء من الكفيل للدائن، أي تنفيذ الكفيل لعقد الكفالة.

فالعلاقة بين الكفيل والمدين تنشأ بل ويتوقف وجودها على أثر وفاء الكفيل الدين المكفول للدائن، فالتزام الكفيل بموجب عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ التزام المدين، والوفاء به إن لم يف به المدين نفسه. فالتزام الكفيل غالبا ما يكون بدون مقابل، إذن فالعلاقة بين الكفيل والمدين لا تقوم إلا إذا وفى الكفيل الدين للدائن. وقد تنشأ علاقة ما بين الكفيل والمدينين عند تعددهم على أثر وفاء الكفيل الدين للدائن فيكون للكفيل الرجوع عليهم، وللكفيل كذلك أن يرجع على غيره من الكفلاء الذين قد كفلوا الدين، وهذا ما سوف نبحثه في المطلب الثالث من هذا المبحث إن شاء الله، بعد هذا المطلب الذي سوف نبحث فيه العلاقة بين الكفيل والمدين.

فإذا قام الكفيل بوفاء الدين المكفول للدائن، فإنه يكون بذلك قد نفذ التزامه الناشئ بموجب عقد الكفالة. ويكون كذلك قد وفى دين غيره في آن واحد. ذلك لأن الكفيل يلزم بضمان دين المدين دون أن يكون صاحب مصلحة في هذ الدين أضف إلى ذلك أن الكفيل لم يكن في الأصل ملتزما بالدين، إنما التزم به بموجب عقد الكفالة، فهو بذلك يكون قد وفى دين غيره وإن كان في نفس الوقت قد وفى دين نفسه لأنه التزم بهذا الوفاء في عقد الكفالة.

فالذي يهمنا عند دراسته العلاقة بين الكفيل والمدين هو كيف يكون لهذا الكفيل أن يرجع على المدين.

فالقواعد العامة تقتضي أنه من وفى دين غيره كان له أن يرجع على المدين، بالدعوى الشخصية، ولكن بقدر ما دفع الكفيل للدائن إذا كان وفاءه بإرادة المدين، فإذا قام الكفيل بوفاء دين المدين كان له الرجوع على المدين الأصلي طبقا للقواعد العامة. وحق الكفيل في الرجوع على المدين عن طريق الدعوى الشخصية أجازته غالبية التشريعات المدنية العربية، حيث أجازت المادة 800 من القانون المدني المصري للكفيل الرجوع على المدين عن طريق الدعوى الشخصية، وكذلك المادة 1080 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 766 من القانون المدني السوري، وكذلك المادة 1033 من القانون المدني العراقي، والمادة 979 من القانون المدني الأردني، والمادة 682 من القانون المدني السوداني، والمادة 1023 من القانون المدني اليمني، والمادة 770 من القانون الكويتي، والمادة 1505 من القانون التونسي، والمادة 809 من

القانون الليبي، والمادة 1/672 من القانون المدني الجزائري. فهذه التشريعات تجيز للكفيل الحق في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية.

فإذا قام الكفيل بوفاء دين الدائن يكون له الرجوع على المدين بما وفاه للدائن طبقا للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب[1].

وبناء عليه فيكون أساس رجوع الكفيل على المدين في هذه الحالة هو أن الدائن قد أثري على حساب الكفيل لسببين:

السبب الأول هو أن دين الدائن قد انقضى بمال غيره وهو الكفيل والسبب الثاني هو أن الكفيل قد افتقر بسبب المدين لأنه قام بوفاء دين غيره، وهو المدين.

فمن خلال ما تقدم ذكره نجد بأن رجوع الكفيل على المدين ليس مطلقا بل يكون مقيدا بأقل القيمتين، وهما: قيمة الإثراء وقيمة الافتقار.

فعند استقراء نصوص التشريعات العربية بهذا الخصوص نجد بأن المشرع العربي قد أعطى الكفيل سلطة واسعة في كيفية الرجوع على المدين، فنجدها لم تكتفي بالاستناد في الدعوى الشخصية إلى الكفالة بل استندت كذلك على قواعد الإثراء بلا سبب، وخير فعلت التشريعات العربية بهذا الخصوص لما في ذلك من تكريس لحق الكفيل في الرجوع على المدين وتشجيعا للكفيل بأن يكفل المدين بلا خوف أو تهويل. وتسهيل للمعاملات وضمانها ومنع المدين من عدم الإخلال بالتزامه تجاه الدائن وتوثيق حق الدائن من الضياع.

أما إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كونه ملزما بالوفاء عن المدين، في هذه الحالة تقضي القواعد العامة أن للكفيل الرجوع على المدين بما وفاه للدائن عن طريق دعوى الحلول، وهذه الدعوى أجازتها غالبية التشريعات العربية حيث أجازت المادة 799 من القانون المدني المصري هذه الدعوى، وكذلك المادة 1084 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 309 من القانون المدني الأردني، والمادة 765 من القانون المدني السوري، والمادة 1033 من القانون المدني العراقي، والمادة 1509 من القانون التونسي، والمادة 771 من القانون الكويتي، والمادة 681 من القانون السوداني، والمادة 808 من القانون الليبي، 671 من القانون الجزائي، أما القانون اليمني فقد جاء ذكر دعوى الحلول في المادة 372 من القانون المدني.

فالمشرع العربي أعطى للكفيل سلطة واسعة في كيفية الرجوع على المدين، فهو لم يكتف بإعطائه الحق في الرجوع على المدين طبقا للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب، بل أعطى له

---

(1) الدكتور منصور ـــ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص95، والدكتور السنهوري، مرجع السابق، ص155، والدكتور تناغو ـــ سمير عبد السيد، مرجع السابق، ص110.

الحق في الرجوع على المدين من خلال دعويين، الأولى دعوى شخصية هي دعوى الكفالة وهذه الدعوى تعتبر تطبيقا خاصا لدعوى الإثراء بلا سبب، والدعوى الثانية هي دعوى الحلول وهـذه الدعوى تعتبر تطبيقا لقواعد الوفاء مع الحلول وتسمى كذلك بالدعوى العينية.

وخير فعل المشرع العربي عندما أعطى الكفيل الحق في الرجوع على المدين من خلال الدعوى الشخصية والدعوى العينية والإثراء طبقا للقواعد العامة، فقد لا تتوفر شروط إحدى هذه الدعاوي وبالتالي يضيع معها حق الكفيل، فبدل من أن يضيع حق الكفيل في الرجوع على المدين فقد أعطى المشرع للكفيل الحق في أن يختار الدعوى التي يرجع بها، فقد يكـون لهـذا الكفيـل مصلحة في الرجوع على المدين من خلال الدعوى الشخصية أو الرجوع بالدعوى العينية وهـي دعوى الحلول، فالبرغم من هذا الحق الواسع الذي أعطي للكفيل إلا أن المشرع المدني العربـي قيد اختيار رجوع الكفيل بضرورة توافر شروط معينة في الدعوى التي يرجع بها، لـذلك فإننـا سوف ندرس في هذا المطلب رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ورجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول.

وخلاصة القول أن الكفيل إذا قام بوفاء الدين للدائن، كان له الرجوع على المـدين بمـا وفاه، ما دام أنه لم يقصد التبرع بكفالته، وقد نصت التشريعات العربية على قواعد الرجوع – كما رأينا ويسر للكفيل الحصول على المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، وذلـك بـإلزام الدائن بتقديمها له وقت الوفاء، وقد يكون ضد ضمن مدينا واحدا، أو مدينين متعددين، فيكون لـه حق الرجوع بما وفاه، من خلال دعويين هما الدعوى الشخـصية والـدعوى العينيـة (دعـوى الحلول)، اللتين سوف نقوم بالمقارنة بينهما بعد دراستهما بشكل مفصل لاحقا.

أولا: رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة):

قبل الحديث عن الأساس القانوني للدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)، لا بد للطالب من الإشارة بأنه لا توجد أية أهمية عملية تذكر في تسمية الدعوى الشخصية بدعوى الكفالة، وذلك لعدم الاختلاف في النتائج العملية. فيقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: ((إنه لا توجد أهمية عملية كبيرة في تسمية الدعوى الشخصية بدعوى الكفالة، ذلك لأنها حتى لو سميت بهذا الاسم فلا تختلف النتائج العملية لذلك. بل أن المقدار الذي يرجع به الكفيل على المدين هو نفس المقدار الذي يرجع به فيما لو سمينا الدعوى بدعوى الكفالة أو بدعوى الفضالة)) [1].

لقد اختلف الفقه في أساس هذه الدعوى، حيث ذهب البعض إلى أنها دعوى الوكالة، إذا عقدت الكفالة برضاء المدين، ويعتبر الكفيل في هذه الحالة وكيلا عن المدين في الوفاء بموجب وكالة صريحة، وتكون الوكالة ضمنية، إذا عقدت الكفالة بعلم المدين دون اعتراضه، أما إذا عقدت الكفالة دون علم المدين أو عقدت بعلم المدين رغم اعتراضه، فإن الكفيل يكون في هذه الحالة فضولياً لا كفيلا[2].

أما الجانب الآخر من الفقه فقد انتقد هذا التأصيل للدعوى الشخصية التي يحق للكفيل أن يرجع بها على المدين، للأسباب التالية:

لأن الكفيل ليس بوكيل عن المدين، ولو كان كذلك لكان من حق هذا المدين عزله ولكان كذلك من حق الكفيل أن يعزل نفسه في أي وقت شاء، وليس عليه إلا أن يخطر الدائن بذلك، ولم يقل أحد بذلك.

لا يمكن اعتبار الكفيل فضوليا، والسبب في ذلك لأن الفضالة تقوم على طابع الاستعجال في العمل الذي يقوم به الفضولي، في حين أن الكفالة لا تشترط الاستعجال.

لأن الفضولي يقوم بعمل غير ملزم بالقيام به أصلا، في حين أن الكفيل يكون ملزما بالوفاء للدائن إذا رجع عليه بموجب عقد الكفالة[3].

لذلك يذهب هذا الرأي الذي يمثل غالبية الفقه في مصر، إلى أن الكفيل يرجع بدعوى شخصية تجد أساسها في القواعد العامة، وهي دعوى الإثراء دون سبب وعلى وجه الخصوص

---

(1) السنهوري ــ عبد الرزاق، مرجع سابق، ص165-166.

(2) هذا الرأي هو الغالب في الفقه الفرنسي، عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص168. والدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص96. والدكتور سمير تناغو، مرجع سابق، ص113 يكن ــ زهدي ، مرجع سابق، ص300. والدكتور السرحان ــ عدنان إبراهيم، مرجع سابق، ص233.

(3) هذا الرأي هو الغالب في الفقه المصري، السرحان ــ عدنان إبراهيم، مرجع سابق، ص234.

دعوى قائمة على قواعد قضاء دين الغير، فالكفيل إنما يوفي دين غيره لا يدن نفسه، إلا أن هذه الدعوى الشخصية وجدت لها تطبيقا في عقد الكفالة بموجب نصوص فتحت للكفيل باب الرجوع على المدين بالشروط التي سوف نتعرض لها لاحقا.

ويقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي بهذا الخصوص: ((... فلو قلنا أن الدعوى الشخصية قد يكون أساسها دعوى الفضالة، لوجب القول بسقوطها عن الكفيل في هذه الحالة بمضي ثلاث سنوات من وقت قيامه بالوفاء للدائن، وهذا ما لا نظن أن المشرع قصده. ونحن إذا رفضنا التسليم بالأساس التقليدي للدعوى الشخصية، يرى الطالب إرجاع ذلك الأساس إلى القانون نفسه، فالقانون هو المصدر المباشر لهذه الدعوى، وهو يمنحها للكفيل لا باعتباره وكيلا أو فضوليا، ولكن باعتباره كفيلا، وعلى ذلك يجب عدم الرجوع إلى قواعد الوكالة أو الفضالة في كل ما يتعلق بدعوى الكفيل على المدين))[1].

ويقول أيضا الأستاذ سليمان مرقس: ((...إنه لا يستقيم مع المبادئ العامة القول بأن بين المدين والكفيل وكالة صريحة أو ضمنية، فإذا كان المقصود بذلك الوكالة في الكفالة فكيف يستقيم أن يوكل المدين الكفيل في أن يكفله مع أنه هو لا يستطيع أن يكفل نفسه!))[2].

والذي يترجح لنا هو ما ذهب إليه الراي القائل بأن الكفيل يرجع على المدين بدعوى شخصية تجد أساسها في القواعد العامة وتطبيقات عقد الكفالة المنصوص عليها في عقد الكفالة، للأسباب التالية:

لقوة وحجية ما أسند إليه هذا الرأي.

لأنه لا يمكن القول بأن ما تم بين الكفيل والمدين هو عقد وكالة، خصوصا إذا طلب المدين من الكفيل أن يكفله أو لمجرد سكوت المدين عند علمه بقيام الكفالة.

لا يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بالوكالة على علاقة الكفيل بالمدين، ففي الوكالة يجوز للموكل عزل الوكيل، في حين لا يجوز للمدين في عقد الكفالة أن يعزل الكفيل والسبب في ذلك واضح لأن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، ويجوز في عقد الوكالة للوكيل أن يعزل نفسه عند تحقيق شروط معينة، في حين لا يجوز كذلك للكفيل أن يعزل نفسه.

أن تكيف الدعوى الشخصية للكفيل في مواجهة المدين، عند قيامه بالوفاء للدائن، على أساس الوكالة إذا وافق المدين على الكفالة أو على أساس الفضالة إذا تمت الكفالة دون علم المدين بها، غير صحيح في تقدير كثير من الكتاب(3) مستندين في ذلك إلى أن مصدر الدعوى

---

(1)عبد الباقي ــ عبد الفتاح، مرجع سابق، ص102.

(2) مرقس ــ سليمان، مرجع سابق، ص116.

(3)إمام ــ محمد علي، مرجع سابق، ص133 ~134. حسن ــ عبد الخالق، مرجع سابق، ص178.

الشخصية للكفيل في مواجهة المدين عند قيامه بالوفاء إلى الدائن مصدرها القانون مباشرة وهو ما أشرنا إليه في بداية هذا المطلب.

عند استقرائنا لكثير من نصوص التشريعات المدنية العربية نجد بأنها تبين للطالب شروط وأحكام دعوى الكفالة، التي تستند على عقد الكفالة ذاته في رجوع الكفيل على المدين. فعند قيام الكفيل بالوفاء للدائن يكون من حق الكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وهي الدعوى التي يرفعها الكفيل باسمه على المدين.

لقد رسمت معظم التشريعات العربية طريقا واضحا لكيفية رجوع الكفيل الذي قام بوفاء الدين للدائن على المدين، وأغنت هذه التشريعات الكفيل عن استعارة قواعد الوكالة أو الفضالة من خلال النص على كيفية رجوع الكفيل على المدين، فكما أن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الوكيل على الموكل هي دعوى الوكالة. وأساسها القانون كذلك الحال بالنسبة للكفالة.

لقد نصت غالبية التشريعات المدنية العربية على الأساس القانوني للدعوى الشخصية التي يستطيع الكفيل من خلالها أن يرجع على المدين بما وفاه للدائن، وبينت هذه التشريعات أن القانون هو المصدر المباشر لهذه الدعوى فهو يمنحها للكفيل باعتباره كفيلا[1] لا باعتباره وكيلاً أو فضوليا.

فالدعوى الشخصية دعوى يرفعها الكفيل بأسمه على المدين من خلال دعويين، الدعوى الأولى تستند إلى قواعد الكفالة أي تستمد أساسها من عقد الكفالة ذاته،والدعوى الثانية تستمد من القواعد العامة أي أنها تؤسس على قواد الإثراء بلا سبب.

فمن خلال ما سبق نجد أن المشرع المدني العربي قد منح الكفيل حق الرجوع على المدين بما وفاه للدائن من خلال الدعوى الشخصية التي مصدرها القانون من خلال طريقين :

الطريق الأول: حق الكفيل بالرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بالاستناد إلى قواعد الإثراء بلا سبب.

الطريق الثاني: حق الكفيل بالرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بالاستناد إلى عقد الكفالة ذاته.

بالرجوع لمعظم التشريعات المدنية العربية وجدنا بأنه حتى يتمكن الكفيل من استعمال هذه الدعوى، والرجوع بها على المدين، لا بد من توافر ثلاثة شروط، وهي :

1. أن يكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته.

---

(1) نص المادة 800 **مدني مصري** ويقابلها: المادة 1080 **موجبات وعقود لبناني**. المادة 766 **مدني سوري**. المادة 1033 **مدني عراقي**. المادة 979 **مدني أردني**. المادة 672 **مدني جزائري**. المادة 1505 **مدني تونسي**. المادة 770 **مدني كويتي**. المادة 682 **مدني سوداني**. المادة 1023 **مدني يمني**.

2. أن يكون الكفيل قد اخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين.

3. أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله.

ونظراً لأهمية هذه الشروط فأننا سوف نقوم بدراسته بشيء من التفصيل ، ورأي التشريعات العربية حول هذه الشروط ،فهذه الشروط لا بد من توافرها مهما كان الأساس القانوني الذي يعتمد عليه الفقه بخصوص الدعوى الشخصية الدعوى الشخصية لذلك فلنتعرف على هذه الشروط فيما يلي :

الشرط الأول: أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته.

فهذا الشرط لم يأت صريحا في نصوص التشريعات المدنية العربية، إلا أنه يمكن استنباطه من خلالها ومن المبادئ العامة كذلك، بالنسبة للمشرع اللبناني والأردني فقد اشترط لرجوع الكفيل على المدين العلم بالكفالة وكذلك الموافقة عليها من قبل الآخر، حيث تنص المادة 1085 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: ((لا حق للكفيل في الرجوع على المدين: أولا:......، ثانيا: عندما تكون الكفالة قد أعطيت بالرغم من منع المديون)) وكذلك تنص المادة 979 من القانون المدني الأردني على أنه: ((ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو بموافقته وقام الكفيل بأدائها)).

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 1/800 من القانون المدني المصري على أنه: ((للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه)) فالمشرع المصري لم يشترط العلم والموافقة بالنسبة للمدين كما فعل المشرع اللبناني والأردني وهذا الحكم للقانون المصري مستفاد من المادة 1028 من القانون المدني الفرنسي، وهو ما أخذ به القانون المدني السوري في المادة 766 منه وكذلك القانون المدني الجزائري في المادة 672 منه، والمادة 1033 من القانون المدني العراقي.

فمن خلال ما تقدم نجد التشريع يجي للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية في جميع الحالات سواء عقدت الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه، حتى ولو كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين، لأنها في هذه الحالة تكون قد عقدت بعلمه.

بالنسبة لرأي جمهور الفقه القانوني، يرى أنه لا حق للكفيل في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية إذا عقدت الكفالة رغم معارضته أي يشترط أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين وإلا انتفت الحكمة من الرجوع بالدعوى الشخصية التي تعطي للكفيل أكثر مما تعطيه القواعد العامة، وهذا لا يفسر إلا على أساس أن الكفيل قد أسدى خدمة للمدين، وهو ما لا يمكن تصوره إذا كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين، واقتصروا حق الكفيل في هذه

الحالة بالرجوع على المدين عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة أو دعـوى الحلول[1].

ونحن نؤيد ما ذهب إليه جمهور الفقه القانوني، فلو أراد المشرع أن يعطي الكفيل الحق في الرجوع بالدعوى الشخصية في هذه الحالة النص على ذلك صراحة، كما نص على جواز أن تكون الكفالة رغم معارضة المدين[2].

ويرى الطالب أن هذا الشرط لا تستلزمه النصوص القانونية، إلا أن الفقه القانوني يجمع على استلزامه، فيشترط أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين وأن تكون لمـصلحته، وهذا الشرط ليس عبثا بل لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين وثقته فيه فيقبل علـى التعامـل معه.

ويجمع الفقه القانوني كذلك على ألا تكون الكفالة قد تمت رغم معارضة المدين، فالغالب أن تكون الكفالة لمصلحة المدين ووقوعها مع اعتراضه يفيد أن الكفالة لم تكن لمصلحته فإذا لـم تكن الكفالة لمصلحة المدين أو كانت قد تمت رغم معارضته وقام الكفيل بالوفاء للدائن فإنـه لا يجوز والحالة هذه للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية وهذا الحق مقرر وفقا لأحكام الكفالة سواء كان هذا الكفيل متضامنا مع المدين أو غير متضامن وكذلك سواء أكان كفيلاً عينياً أو شخصياً.

وبعبارة أخرى فإن مضمون شرط أن لا تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المـدين ودون معارضته، هو أن لا تكون الكفالة قد عقدت بين الكفيل والدائن رغم معارضة المدين، ولا يهم بعد ذلك أن تكون الكفالة بأمر المدين أو طلبه أو أنها عقدت دون أمر أو طلب منه إلا أنه وافق عليها صراحة أو ضمناً، والسبب في ذلك أن توثيق الدين، أياً كان سببه، كفالة أو حوالة أو تضامناً بين المدينين، لا يمكن أن يحصل دون رضاء المدين. وعدم رضا المدين بالكفالة متـصور، وذلـك عندما تكون هذه الكفالة معقودة لمصلحة الدائن دون أن يكون للمدين مصلحة فيهـا، كحـصول المدين على ائتمان من الدائن أو على مد أجل التزام قائم من قبل بينهما.

نستنتج من خلال ما تقدم ذكره بأن الكفالة إذا عقدت دون معارضة من المدين ولو بغير علمه، ولمصلحته كان للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية سواء كان الكفيل متضامناً

---

(1) منصور ــ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص97. عبد الباقي ــ عبد الفتـاح، مرجـع سـابق، ص171. مرقس ــ سليمان، مرجع سابق، ص120. إمام ــ محمد علي، مرجع سابق، ص130. مرسي ــ محمد كامـل، مرجع سابق، ص220. تناغو ــ سمير، مرجع سابق، ص115.

(2) المادة 775 **مدني مصري** والمادة 741 **مدني سوري** والمادة 1062 **موجبات وعقود لبنـاني** والمـادة 951 **مدني أردني** والمادة 741 **مدني سوداني** والمادة 1488 **تونسي** والمادة 448 **كويتي**.

أو غير متضامنا، وكذلك سواء كانت الكفالة بعوض أو بغير عوض، وسواء كان الكفيل شخصياً أو عينيا.

والذي خلصنا إليه كذلك أن للكفيل الحق في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بصفة عامة باستثناء ثلاث حالات هي:

الحالة الأولى: إذا تمت الكفالة رغم معارضة المدين بها.

الحالة الثانية: إذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين.

الحالة الثالثة: إذا تم الوفاء دون علم المدين(1).

الشرط الثاني: أن يكون الكفيل قد أخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين.

لقد ألزم المشرع المدني العربي الكفيل بأن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا الأخير قد سبق، وأن وفى الدين، أو كانت لديه وقت استحقاق الدين أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه، وهذا الإلزام من قبل المشرع العربي للكفيل يجب أن يكون قبل أن يقوم هذا الأخير بالوفاء سواء كان الوفاء على أثر مطالبة الدائن أو أراد القيام بذلك من تلقاء نفسه(2).

فمن خلال ما تقدم نستطيع أن نبين الفائدة من الإخطار وآثار الإخطار:

إن الفائدة من الإخطار تكمن في ثلاثة أمور هي:

خوفا من أن يكون المدين قد وفى الدين قبل أن يقم الكفيل بوفائه للدائن.

خوفا من أن يقوم المدين بوفاء الدين بعد أن قام الكفيل بوفائه والمدين لا يعلم بذلك.

خوفا من أن يكون لدى المدين أسباب تبطل الدين أو حتى تنقضه.

خوفا من سقوط حق الكفيل في الرجوع على المدين، في حالة عدم قيامه بإخطار المدين.

يمكن الكفيل من الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية إذا تم على الوجه الصحيح ودون معارضة من المدين.

---

(1) المشرع اللبناني والأردني بهذه الحالة حيث نص المشرع اللبناني في المادة 1086 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** على أنه: ((لا حق للكفيل أن يرجع على المديون الأصلي إذا كان قد دفع الدين أو حكم عليه في الدرجة الأخيرة بدون أن يعلم المديون...)) وتنتفي هذه الحالة إذا كان يستحيل على الكفيل إخبار المدين كأن يكون الكفيل غائبا. وهذا ما نص عليه **القانون المدني الأردني** في المادة 979 منه.

(2) هذا ما جاء حكمه في المادة 1086 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني** وكذلك المادة 800 من **القانون المدني المصري** والمادة 983 من **القانون المدني الأردني** والمادة 764 من **القانون المدني السوري** والمادة 1033 من **القانون المدني العراقي** والمادة 680 من **القانون المدني السوداني** والمادة 769 من **القانون الكويتي** والمادة 1511 من **القانون المدني التونسي**.

وأما بالنسبة لآثار الإخطار فإذا قام الكفيل بإخطار المدين، قبل الوفاء بالدين، وفي الوقت الملائم والمناسب، فإنه يحق للمدين والحالة هذه أن يعترض على الوفاء، إن كان لديه أسباب موجبة للاعتراض.

إذا حصل الإخطار من جانب الكفيل ولم يعارض المدين في الوقت الملائم، وقام الكفيل بوفاء الدين للدائن، في هذه الحالة يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، حتى ولو كان لدى المدين أسباب يمكن أن تؤثر في وجود الدين أو حتى في صحته، فالمدين يتحمل نتيجة تقصيره المتمثل في عدم المعارضة.

إذا قام الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء وعارض المدين هذا الوفاء، في هذه الحالة يجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء، وإذا كان الدائن باشر بإجراءاته ضد الكفيل، فعلى هذا الأخير أن يدخل المدين في هذه الدعوى وذلك لإبداء أسباب اعتراضه على الوفاء، وإذا لاحظ الكفيل أن المدين غير مجد في اعتراضه، له أن يقوم بوفاء الدين للدائن، إلا أنه يعرض نفسه لخطر سقوط حقه في الرجوع على المدين، إذا اتضح أن اعتراض المدين يؤدي إلى براءة ذمته من الدين كله أو بعضه[1]، إلا أنه في هذه الحالة للكفيل أن يرجع على المدين لاسترداد ما دفع بدون وجه حق[2].

إذا لم يقم الكفيل بإخطار المدين، قبل الوفاء، يكون مقصراً، وتبرأ بالتالي ذمة هذا المدين ولكن بقدر ما لحقه من ضرر نتيجة هذا التقصير، فإذا لم يحصل أي ضرر للمدين فإن للكفيل حق الرجوع ولو لم يخطره[3].

إذا كان المدين قد وفى الدين كله، فيسقط حق الكفيل في الرجوع عليه، وإذا اتضح أن المدين قد وفى جزءا من الدين فقط، في هذه الحالة يسقط حق الكفيل في الرجوع على المدين إذا كانت لدى المدين أسباب لإبراء ذمته، سواء ببطلان العقد، أو بانقضاء الدين.

أما إذا قام المدين بوفاء الدين سواء كلياً أو جزئياً، ولم تكن لديه أسباب لبراءة ذمته، وقام الكفيل بوفاء الدين رغم عدم الإخطار، فله حق الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وذلك لعدم توفر الضرر بالنسبة للمدين[4].

بالنسبة لشكل الإخطار والاعتراض فمن خلال نصوص التشريعات المدنية العربية لم نجد ما يشير إلى شكل الإخطار أو الاعتراض الخاص بالمدين، فلا يوجد شكل خاص، لذلك يجوز أن

---

(1) منصور ـ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص100.

(2)أبو السعود ـ رمضان، مرجع سابق، ص178.

(3) سعد ـ نبيل ابراهيم، مرجع سابق، ص335.

(4) السنهوري ـ عبد الرزاق، مرجع سابق، ج 10ص171.

يكون بورقة رسمية، أو بورقة عرفية، أو بكتاب مسجل، كما يجوز أن يكون شفوياً، بالنسبة لعبء إثبات الإخطار والاعتراض، فيقع عبء إثبات الإخطار على الكفيل، وإثبات الاعتراض على المدين وذلك وفقاً للمبادئ العامة في الإثبات[1].

والحكمة من هذا الشرط أنه قد تكون عند المدين أسباب تمنع الوفاء من قبل الكفيل، وذلك بأن يكون المدين قد وفى جزءاً منه كما لاحظنا سابقاً، فإذا لم يقم الكفيل بإخطار المدين، وقام بالوفاء دون علم المدين، يترتب على ذلك أنه لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية إذا كانت للمدين أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه.

الشرط الثالث: أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله.

إن المقصود بهذا الشرط، هو عدم اقتصار الوفاء على الوفاء بالالتزام فقط، بل كل ما يقوم مقام الوفاء، سواء كان الوفاء نقداً أو ما يقوم مقامه من أسباب الانقضاء الأخرى، كالمقاصة، والوفاء بمقابل، أو التجديد بتغيير المدين، أو الإنابة، أو اتحاد الذمة. بحيث ينجم عن هذا الوفاء براءة ذمة المدين[2].

إذن ليس من الضروري أن يفي الكفيل بالدين، حتى يستطيع الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، بل يكفي أن يقضي الكفيل الدين بأي سبب من أسباب الانقضاء الأخرى المشار إليها سابقاً، فإذا ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين، كان لهذا الكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، فإذا لم يترتب على وفاء الكفيل براءة ذمة المدين، فإن الكفيل لا يمكنه الرجوع على المدين بهذه الدعوى.

فإذا انقضى الدين بالإبراء كأن يبرأ الدائن الكفيل من الكفالة، أو سقط التزام الكفيل بالتقادم، لا يجوز للكفيل والحالة هذه أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية، لأن الكفيل الذي يحق له الرجوع على المدين هو الذي وفى الدين[3].

أما بالنسبة للوفاء الكلي والجزئي: يرى الرأي المرجح فقهاً(4)، أنه يستوي الأمر أن يكون الوفاء كلياً أو جزئياً، فإذا وفى الكفيل جزء من الدين فقط، فإنه يحق للكفيل الموفي أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية، ففي هذه الحالة تبقى ذمة المدين مشغولة للكفيل بالجزء الذي وفاه ومشغولة للدائن كذلك بالجزء الباقي، أي أنه يحق للكفيل أن يرجع على المدين بما

---

(1) زكي ـ محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص131.

(2)مرقس ـ سليمان، مرجع سابق، ص121. إمام ـ محمد علي، مرجع سابق، 137. ومنصور ـ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص98.

(3) السنهوري ـ عبد الرزاق، الوسيط ج 10ص168. حسن ـ عبد الخالق، مرجع سابق، ص181.

(4) مشار إليه في الهامش رقم (1) وكذلك السنهوري ـ عبد الرزاق، مرجع سابق، ص178-180.

وفاه، وكذلك يحق للدائن أن يرجع في نفس الوقت على المدين ببقية حقه، حيث يتساوى الكفيل والدائن في المراكز ويتزاحمان في استيفاء حقهما، فليس هناك تفضيل لإحدهما على الآخر، والسبب في ذلك لأن كل منهما يحق له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية.

إلا أنه يشترط للوفاء الجزئي، أن يكون الدائن قد رضي بهذا الوفاء الجزئي لإبراء ذمة الكفيل في مواجهته(1).

بينما يرى رأي آخر(2) أنه حتى يكون الوفاء الجزئي جائزاً يجب أن تكون الكفالة ذاتها جزئية، فإذا كانت مطلقة، فلا يمكن للكفيل الذي ضمن كل الدين، ولم يف إلا بجزء فقط، أن يزاحم الدائن.

ونميل إلى ما ذهب إليه الرأي الراجح، وذلك لأن الكفيل قد رضي بهذا الوفاء، عدا عن كون هذا الدائن قد استوفى جزء من حقه وهو أفضل من عدم الوفاء مطلقاً، وكذلك لا يفوتنا أن الكفيل يكفل المدين بصفة تبعيته الذي لا يجوز الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين، فالدائن عندما يستوفي جزء من حقه قبل رجوعه على المدين يكون بذلك قد اقتصر الكثير من الإجراءات الطويلة، فبدل من أن يطالب المدين بكل الدين أصبح يطالبه بجزء من الدين، ومزاحمة الكفيل له لا تؤثر عليه ولا تلحق به ضرراً.

أما اذا قام الكفيل بدفع اكثر مما هو مطلوب منه, فليس له أن يرجع على المدين إلا بقدار الدين فقط. والسبب في ذلك لأنه ليس له ان يضر بحقوق المدين[3].

بالنسبة للشق الثاني من هذا الشرط، وهو أن يكون وفاء الكفيل للدائن عند حلول الأجل، أي يجب أن يكون أجل الالتزام قد حل، لأن الأجل حق للمدين، لذلك لا يجوز للكفيل أن يحرم المدين من هذا الحق، بوفاء الدين قبل حلوله، والسبب في ذلك لأنه لو جاز للكفيل الرجوع على المدين قبل حلول الأجل، لاستطاع الكفيل أن يجبر المدين على الوفاء قبل أن يكون في استطاعة الدائن ذلك[4].

وبناء عليه فليس للكفيل أن يوفي الدين متى شاء، بل هو مقيد في ذلك بحلول أجل الدين المكفول. فإذا وفى الكفيل الدين، قبل حلول أجله، فلا يجوز له أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية إلا عند حلول الأجل في حق المدين، ذلك لأن الأجل من حق المدين وليس للكفيل أن

---

(1) سعد – نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص333.

(2) تناغو– سمير، مرجع سابق، ص114. حسن – عبد الخالق، مرجع سابق، ص182.

(3) مشار إليه في رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص192.

(4) سلامة – أحمد، مرجع سابق، ص82.

يحرمه منه بوفائه الدين قبل حلوله، وليس للكفيل كذلك أن يجبر المدين على الوفاء قبل حلول الأجل.

والأجل المقصود والمطلوب هنا، هو الأجل الأصلي للدين المكفول، فالكفيل لا يلتزم بالأجل الممنوح من الدائن للمدين، أو الأجل الذي تعينه المحكمة بعد حلول الأجل الأصلي، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقه في مصر ويرون كذلك بأنه للكفيل أن يفي بالدين، وله كذلك أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية قبل حلول الأجل الجديد، وسندهم في ذلك أن العبرة بالنسبة للكفيل مدة الأجل الأصلي وليس المدة أو المهلة الجديدة[1].

أما إذا تنازل المدين عن الأجل، فإن الكفيل في هذه الحالة يستفيد من هذا التنازل، فيجوز له أن يرجع على المدين بمجرد وفائه الدين حتى ولو قام بوفاء الدين قبل حلول الأجل الأصلي[2].

ويرى الطالب بالنسبة لامتداد الأجل وقيام الكفيل بوفاء الدين ومن ثم رجوعه على المدين بالدعوى الشخصية قبل حلول الأجل الجديد، يتنافى والغاية من الكفالة، ذلك أن الأجل الممنوح للمدين هو مقرر لمصلحته، وبالتالي يستفيد منه، ويستفيد منه كذلك الكفيل بالتبعية، فالدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا إذا كان يستطيع الرجوع على المدين الأصلي قبل هذا الكفيل. حيث أن قيام الكفيل ومن تلقاء نفسه، بوفاء الدين المكفول، قبل حلول الأجل سواء كان هذا الأجل أصليا أو جديداً، يكون على عاتقه، وبالتالي لا يجوز له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية المستندة على عقد الكفالة ذاته، وهذا يتفق مع الشرط الذي نحن بصدده، وإن ما ذهب إليه جمهور الفقه في مصر يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمدين من جراء قيام الكفيل بوفاء الدين قبل حلول الأجل ورجوعه عليه. لذلك فنحن لا نقرهم فيما ذهبوا إليه بهذا الخصوص.

هذه هي شروط الرجوع بالدعوى الشخصية وهي أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته، وأن يكون الكفيل قد أخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وأن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله. فإذا توافرت هذه الشروط حق للكفيل أن يرجع بالدعوى الشخصية.

---

(1) عبد الباقي ــ عبد الفتاح، مرجع سابق، ص177. السنهوري ــ عبد الرزاق، مرجع سابق، ص169. تناغو ــ سمير، مرجع سابق، ص114. حسن ــ توفيق، مرجع سابق، ص168. سعد ــ نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص333. الشرقاوي ــ جميل، **دروس في التأمينات الشخصية العينية**، ص1106. والمادة 1081 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**.

(2) السنهوري ــ عبد الرزاق، مرجع سابق، ص169.

بماذا يرجع الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية؟

ذكرنا أن الكفيل لا يحق له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية إلا إذا قام بوفاء الدين للدائن، فإذا قام بالوفاء كان له الرجوع على المدين، ولكن بماذا يرجع الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية؟

وللإجابة على ذلك نجد أن التشريعات المدنية العربية قد حددت موضوع الدعوى الشخصية بأربعة حقوق وهي أصل الدين، والمصروفات، والفوائد، والتعويض[1]. وسوف نتناول هذه الحقوق التي يرجع بها الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية فيما يلي:

(1) نص المادة 2001/800 **مدني مصري** ويقابلها المادة 1080 **موجبات وعقود لبناني**، والمادة 960 **مدني أردني**، والمادة 766 **مدني سوري**، والمادة 1033 **مدني عراقي**، والمادة 682 **مدني سوداني**، والمادة 770 **كويتي**.

لم يكن يعلم بها إلا بعد حصولها وبالتالي لا يمكنه الإخطار بها قبل ذلك، لذلك فإن الكفيل يستطيع الرجوع بها على المدين، ولو لم يخطر بها.

أما المصروفات التي تنفق بعد رفع الدعوى، فإذا لم يقم الكفيل بإخطار المدين بالإجراءات المتخذة ضده، فإنه يكون مقصراً وبالتالي يتحمل وحده تلك المصروفات التي أنفقت منه، أو من الدائن، وذلك من الوقت الذي كان يجب فيه أخطار الدائن[1].

نستخلص مما سبق بأن المصروفات التي تظهر بعد رفع الدعوى لا يتحملها المدين، إلا إذا كان الكفيل قد أخطر المدين برجوع الدائن عليه ومن وقت الإخطار، وذلك لأن المدين قد يقوم بوفاء الدين، وفي هذه الحالة لا تكون هناك حاجة لمصروفات أخرى. أما مصروفات المطالبة الأولى والتنبيه على الكفيل فإن المدين يكون ملزم بها ويحق للكفيل الرجوع بها عليه.

ثالثا: الفوائد.

لم ينص المشرع العربي في كثير من البلدان على حق الكفيل في الرجوع على المدين بالفوائد بشكل صريح كما فعل المشرع المصري حيث نص في المادة 3/800 من القانون المدني المصري على أنه: ((يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع)).

فنجده أعطى للكفيل الحق في أن يرجع على المدين بفوائد ما دفعه للدائن محسوبة هذه الفوائد من يوم الدفع، فيكون بذلك قد خرج على حكم القواعد العامة التي بأنها تستحق الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية، أي أن الفوائد تستحق للكفيل من يوم الدفع وليس المطالبة القضائية.

نلاحظ من خلال ما تقدم ذكره بأن المشرع قد راعى الكفيل، فأعطاه الحق في الفوائد عن المبالغ التي دفعها من وقت دفعها. متجاوزاً ما تقضي به القواعد العامة بخصوص الفوائد، فهي تقضي بعد استحقاقها إلا من وقت المطالبة بها قضاءاً.

رابعا: التعويض.

المقصود بالتعويض، التعويض عن الأضرار التي أصابت الكفيل نتيجة اضطراره للوفاء بالدين وذلك إذا امتنع المدين عن الوفاء بسوء نية مع قدرته على ذلك، كما لو اضطر الكفيل إلى بيع أمواله بثمن أقل من الثمن الحقيقي بكثير[1].

---

(1) السنهوري ـ عبد الرزاق، مرجع سابق، ص175، منصور ـ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص101و 102، إمام ـ محمد علي، مرجع سابق، ص141، عبد الباقي ـ عبد الفتاح، مرجع سابق، ص178، تناغو ـ سمير، مرجع سابق، ص117، سعد ـ نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص336.

أولا: أصل الدين.

إن المقصود بأصل الدين الذي يرجع به الكفيل على المدين، هو كل المبالغ التي دفعها الكفيل للدائن لإبراء ذمة المدين[1].

فإذا أدى الكفيل الدين، أو جزء منه، كان له الرجوع على المدين بما أداه، أما إذا أدى الكفيل أكثر من الدين المطلوب للدائن فإنه لا يحق له الرجوع على المدين إلا بمقدار التزام المدين المكفول عنه فقط، فالزيادة تعتبر تبرعاً منه للدائن المكفول له[2].

أما إذا أدى الكفيل عوضاً عن الدين شيئاً آخر بموجب قواعد الوفاء الاعتياضي، ووافق الدائن على ذلك، فإنه يرجع على المدين بالدين الأصلي الذي كفله لا بما أداه للدائن، وإذا صالح الكفيل الدائن على مقدار من الدين، فإن ذمته تبرأ من الباقي، وفي هذه الحالة يحق لهذا الكفيل الرجوع بما أداه صلحاً ولا يحق له الرجوع بجميع الدين[3].

أما إذا كان المدين مفلساً وحصل على صلح مع الدائنين بموجبه دفع جزءاً من الدين، فإن الكفيل في هذه الحالة لا يرجع على المدين بكل الدين الذي دفعه عنه إذا كان المدين مفلساً وحصل على صلح مع الدائنين بموجبه دفع جزءاً من الدين، فما دام الدائن قد تقدم في التفلسة وحصل على جزء من الدين. بموجب الصلح فإنه يرجع على الكفيل بالباقي من الدين، وبالتالي لا يرجع الكفيل على المدين بما دفعه عنه وإلا ضاع على المدين فائدة الصلح الذي أبرمه مع الدائنين[4].

ثانيا: المصروفات.

المقصود بهذه المصروفات، المصروفات التي أنفقها الدائن لأجل وفاء الكفيل بالتزامه من وقت إخبار المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده، ولا تقتصر المصروفات عند هذا الحد بل يدخل من ضمنها المبالغ التي أنفقها الكفيل في الإرشاد إلى أموال المدين عند التجريد، وكذلك مصروفات الدعاوي التي رفعها عليه الدائن[5].

فعند رفع الدعوى من قبل الدائن تظهر مصروفات كثيرة قد تكون قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها، فالمصروفات التي تنفق قبل رفع الدعوى أي مصروفات المطالبة الأولى أو التنبيه على الكفيل بالوفاء يتحملها المدين ويحق للكفيل الرجوع بها عليه، وذلك لأن الكفيل والحالة هذه

---

(1) الدكتور منصور ــ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص101.

(2)السالوس ــ علي، مرجع سابق، ص112.

(3) هذا ما نصت عليه المادة 1081 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**، وكذلك المادة 982 من **القانون المدني الأردني**، والمادة 1093 من **قانون المعاملات الإماراتي**، والمادة 657 من **مجلة الأحكام العدلية**.

(4)السنهوري ــ عبد الرزاق، مرجع سابق، ص173 مشار إليه في الهامش رقم (1).

(5) الدكتور زكي ــ جمال الدين، مرجع سابق، ص132.

لم ينص المشرع العربي في كثير من البلدان في صدد الكفالة على حـق الكفيـل فـي الرجوع على المدين بالتعويض عما يلحقه من أضرار أصابته نتيجة اضراره للوفاء بالدين، كما فعل المشرع اللبناني في المادة 1080 من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نص على أنه: ((...وله حق الرجوع عليه أيضا بالمصاريف والأضرار الناشئة بحكم الضرورة عن الكفالـة))، فالمشرع العربي استند في عدم النص على حق الكفيل في الرجوع على المدين بالتعويض علـى القواعد العامة التي تجيز له ذلك.

بالنسبة لرأي الفقه في حق الكفيل في الرجوع على المدين بالتعويض، فقد ذهب جمهور الفقه في مصر إلى أن للكفيل الحق في الرجوع على المدين بالتعويض نتيجة اضطراره للوفـاء بالدين واشترطوا لاستحقاق التعويض أن يكون المدين قد امتنع عن الوفاء بسوء نية مع قدرتـه على ذلك وفقا للقواعد العامة[2].

من خلال ما تقدم نجد بأن هناك نوعان من التعويضات:

1. تعويض يطالب فيه الكفيل عن ضرر قد أصابه من جراء تنفيذ التزامه، وذلك كأن يكون الكفيل قد اضطر إلى بيع أمواله بثمن بخس مثلاً.
2. تعويض عن ضرر أصاب الكفيل من جراء سوء نية المدين، كأن يكون المدين قد أخفى أمواله أو تصرف فيها للإضرار بالكفيل وهو التعويض التكميلي.

ونجد كذلك بأنه وفقا للقواعد العامة يحق للكفيل الرجوع على المدين بهذان النوعان، وأن عدم النص على هذه التعويضات في المواد المتعلقة بحق الكفيل بالرجوع على المدين لا يعنـي حرمان الكفيل منها، وذلك لأن القواعد العامة فتحت الباب أمام الكفيل للرجوع على المدين بهـذه التعويضات، ومما يؤخذ على الفقه العربي أنه تارة يأخذ بالقواعد العامة فيما لم يرد به نص وتارة أخرى لا يأخذ بهذه القواعد مع إدراكه لهذا التأرجح، فعلى سبيل المثال لا الحق نجده في بعـض الأحيان قد أسس رجوع الكفيل بالتعويض على المدين طبقا للقواعد العامة التي طبقت في رجوع الوكيل على الموكل وفي رجوع الفضولي على رب العمل[3]. الأمر الذي يتعـارض مـع مـا

---

(1)يكن ــ زهدي، مرجع سابق، ص301، تناغو ــ سمير، مرجع سابق، ص118، وكذلك نص المادة 1080 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني.**

(2)السنهوري ــ عبد الرزاق، مرجع سابق، ص176، منصور ــ مصطفى منصور، مرجـع سـابق، ص103، مرقس ــ سليمان، مرجع سابق، ص126، إمام ــ محمد علي، مرجع سابق، ص142، عبد الباقي ــ عبد الفتاح، مرجع سابق، ص179 –180.

(3) مشار إليه في عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ص119.

استقرينا عليه في تكييف دعوى رجوع الكفيل على المدين، بأنها ليست دعوى وكالة ولا فضالة، وإنما هي دعوى شخصية.

وبعد أن تعرضنا لحقوق الكفيل في الرجوع على المدين، تبين للطالب بأنه للكفيل أن يرجع على المدين بما دفعه للدائن لإبراء ذمة المدين، ويدخل في ذلك أصل الدين وكذلك الفوائد التي استحقت عنه إلى اليوم الذي وفى فيه، والمصروفات التي أنفقها الدائن فيما اتخذه من إجراءات ضد المدين، إضافة إلى المصروفات التي أنفقها الدائن ضد الكفيل، وهنا في هذه الحالة يجب على الكفيل أن يخطر المدين بالإجراءات التي تتخذ ضد الكفيل، من قبل الدائن، كون ذلك يؤدي إلى زيادة في المصروفات على المدين، فإذا لم يقم الكفيل بإخطار المدين تحمل تلك المصروفات.

ويتبين كذلك بأن القانون قد منح الحق للكفيل في أن يرجع على المدين بفوائد ما دفعه للدائن اعتباراً من يوم الدفع. وبناء عليه يكون القانون قد خرج بذلك على القاعدة العامة التي تقضي بأن الفوائد القانونية لا تسري إلا من تاريخ المطالبة القضائية.

متى يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة على قواعد الإثراء بلا سبب؟

تبين للطالب مما تقدم بأن للكفيل الحق في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بصفة عامة باستثناء ثلاثة حالات هي:

الحالة الأولى: إذا تمت الكفالة رغم معارضة المدين بها.

الحالة الثانية: إذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين.

الحالة الثالثة: إذا تم الوفاء دون علم المدين أو رغم اعتراضه.

وبناء عليه فإنه لا يجوز للكفيل عند قيامه بالوفاء أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية في تلك الحالاة استناداً إلى عقد الكفالة ذاته، إلا أن المشرع العربي لم يقف عند هذا الحد بل منح الكفيل حق الرجوع على المدين بما وفاه للدائن عن طريق الدعوى الشخصية ولكن بالاستناد إلى قواعد الإثراء بلا سبب.

فالكفيل لا يستخدم الدعوى الشخصية المستندة إلى قواعد الإثراء بلا سبب إلا عندما لا تتوافر فيه شروط الدعوى الشخصية المستندة لعقد الكفالة ذاته المشار إليها سابقاً.

أما بالنسبة لشروط الدعوى الشخصية المستندة على قواعد الإثراء بلا سبب فهي تكمن في ثلاثة شروط سنتناولها على النحو التالي:

الشرط الأول: أن يكون الكفيل قد وفى الدين.

فواقعة الوفاء هي التي تخول الكفيل الرجوع على المدين، عدا عن كونها مصدر حق رجوع الكفيل على المدين، فإذا لم يقم الكفيل بالوفاء فلا يحق للكفيل الرجوع على المدين بأي حال من الأحوال[1].

مما تقدم يتضح بأن الوفاء للدائن من قبل الكفيل هو أساس حق الكفيل في الرجوع على المدين، ويستوي في ذلك سواء كان الوفاء جزئياً أو كلياً، فالكفيل يرجع على المدين بقدر ما وفاه للدائن. فإذا لم يقم الكفيل بوفاء الدين للدائن، لا يستطيع مجرد التفكير فقط في الرجوع على المدين.

الشرط الثاني: أن يكون وفاء الكفيل للدائن نافعاً للمدين.

تقدم أن أساس رجوع الكفيل على المدين هو وفاء الكفيل الدين للدائن، أما أساس التزام المدين بأن يرد للكفيل ما وفاه للدائن، هو ما عاد على المدين من فائدة، وهذه الفائدة تتمثل في براءة ذمته من الدين نتيجة قيام الكفيل بالوفاء.

فإذا قام الكفيل بوفاء جزء من الدين إلى الدائن، فلا يحق للكفيل الرجوع على المدين إلا بقدر ما عاد عليه من نفع بسبب الوفاء[2].

أما إذا قام الكفيل بوفاء دين سبق للمدين أن وفاه أو حتى كان لدى هذا المدين دفع ضد الدائن يؤدي إلى بطلان التزامه، فمن خلال ما سبق نجيب على هذه المسألة بأنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين دون أن يسبق الوفاء إخطار المدين، أو أخطره دون أن ينتظر وقتاً مناسباً لتلقي رد المدين على الإخطار، في هذه الحالة فإن الكفيل لا يحق له الرجوع على المدين. والسبب في ذلك هو أن الوفاء في مثل هذه الحالة لا يكون نافعاً للمدين، ومخالفاً للشرط الذي نحن بصدده، ومخالفاً أيضاً لشروط الإثراء بلا سبب.

الشرط الثالث: أن يكون الكفيل قد وفى الدين للدائن عند حلول أجله.

هذا الشرط يعتبر تطبيقاً للشرطين السابقين، فإذا قام الكفيل بوفاء الدين عند حلول الأجل فإن ذلك يعود بالنفع على المدين، وبالتالي يحق للكفيل الرجوع على المدين.

أما إذا قام الكفيل بوفاء الدين قبل حلول الأجل، فلا يحق للكفيل الرجوع على المدين قبل حلول الأجل[3].

ففي الحالة السابقة نجد بأن الوفاء من قبل الكفيل لا يعود بالنفع على المدين لذلك لا بدل للكفيل من الانتظار حتى حلول الأجل لكي يحق له الرجوع على المدين.

---

(1)مرقس ــ سليمان، مرجع سابق، ص179.

(2)إمام ــ محمد علي، مرجع سابق، ص143.

(3) مشار إليه في حسن ــ عبد الخالق، مرجع سابق، ص191.

بماذا يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى قواعد الإثراء بلا سبب؟

تقدم في بداية هذا المطلب أن أساس رجوع الكفيل على المدين بما وفاه للدائن هو الدعوى الشخصية المستندة على قواعد الإثراء بلا سبب، التي تحكمها القواعد العامة، فالقانون لم يتطرق لهذه الدعوى في صدد الكفالة، الأمر الذي يوجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة عند الحديث عن هذه الدعوى وأخص بالذكر موضوعها.

للكفيل بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب الرجوع على المدين بأقل القيمتين، قيمة ما وفاه إلى الدائن، وقيمة ما عاد على المدين من منفعة بسبب الوفاء الحاصل من الكفيل. أي بقدر ما برئت به ذمة المدين نتيجة وفاء الكفيل الدين للدائن[1].

أما بالنسبة للفوائد فإن الكفيل لا يستحق فوائد عن المبلغ الذي دفعه للدائن إلا من وقت المطالبة القضائية بها للمدين وفقا للقواعد العامة، وكذلك التعويض يرجع فيه إلى القواعد العامة[2].

وعليه فإن رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى قواعد الإثراء بلا سبب ليس مطلقاً بل يكون مقيداً بأقل القيمتين، وهما: قيمة الإثراء وقيمة الافتقار.

بالنسبة لسريان حكم القواعد العامة على الفوائد والتعويض ومقدار الوفاء فلا غرابة في ذلك فكما يلاحظ البعض بأن أحكام الرجوع بالدعوى الشخصية المستندة لعقد الكفالة ذاته لم تخرج في شأنه عن حكم القواعد العامة.

ثانيا: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول.

في هذه الدعوى سوف نقوم ببيان أساس هذه الدعوى كما مر معنا في الدعوى الشخصية، ثم نتناول شروط هذه الدعوى، وبماذا يرجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول، وبعد ذلك سوف نقوم بمقارنة الدعوى الشخصي مع دعوى الحلول من حيث الشروط وموضوع كل منهما.

ذهبت غالبية القوانين صراحة إلى تقدير حق الكفيل في الحلول محل الدائن الموفى له في رجوعه على المدين، فإذا قام الكفيل بوفاء الدين إلى الدائن، كان له الرجوع على المدين بدعوى الحلول بقوة القانون[3].

---

(1)إمام ــ محمد علي، مرجع سابق، ص143 و 144.

(2)مرقس ــ سليمان، مرجع سابق، ص188.

(3) جاء ذلك في المادة 799 من **القانون المدني المصري**، وكذلك المادة 1084 من **قانون الموجبات والعقود اللبناني**، والمادة 765 من **القانون المدني السوري**، والمادة 1033 من **القانون المدني العراقي**، والمادة 808 من **القانون المدني الليبي**، والمادة 681 **مدني سوداني**، والمادة 771 **مدني كويتي**، أما **القانون المدني الأردني** فلم

فهذه الدعوى نجد أساسها في القواعد العامة، التي شرعت لمصلحة الكفيل فقط، والسبب في ذلك لأنه يوفي دين غيره وهو ملزم بذلك، فإذا وفى الكفيل الدين الملزم به للدائن فإنه يحل محل هذا الدائن في حقوقه بقوة القانون، ودون أي اعتبار للظروف التي عقدت فيها الكفالة، أي سواء كانت قد عقدت بعلم المدين، أو دون علمه، وبرضاه أو رغم اعتراضه، وسواء كانت قد عقدت لمصلحة الدائن، وحده أو لمصلحة المدين وحده، أو الكفيل وحده، أو لمصلحة الدائن والمدين، أو لمصلحة الدائن والكفيل، أو لمصلحة المدين والكفيل، ويستوي في ذلك أن يكون الكفيل متضامناً أو غير متضامناً[1].

فمن خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع المدني العربي، قد أعطى للكفيل الذي قام بالوفاء بالدين في الرجوع على المدين، بجانب الدعوى الشخصية دعوى أخرى ألا وهي دعوى الحلول التي تمكن الكفيل من أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين، حيث أن دعوى الحلول المنصوص عليها بصدد عقد الكفالة في القانون المدني، ما هي إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول المنصوص عليها في كثير من التشريعات العربية، فحلول الكفيل محل الدائن حلول قانوني يثبت له بقوة القانون بمجرد الوفاء بالدين للدائن.

ونلاحظ كذلك بأن الكفيل يحل محل الدائن في حقوقه، ما دامت الكفالة صحيحة، وبالتالي نشأ عنها التزام الكفيل بوفاء الدين، ونشأ عن هذا الالتزام قيام الكفيل بوفاء دين المدين بناء على هذا الالتزام الناشئ من الكفالة.

ومن نافلة أن الدعوى الشخصية ودعوى الحلول في جملتها، هي عبارة عن وسائل قانونية أوجدها المشرع لكي يختار الكفيل ما يناسبه منها لاستيفاء حقه في مواجهة المدين، فالقارئ لأساس دعوى الحلول قد يقول: بما أن حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الحلول قد ثبت له طبقاً للقواعد العامة في غالبية التشريعات، فلماذا عاد المشرع ونص على هذا الحق في عقد الكفالة مرة أخرى، فالنص على هذا الحق في أي منهما يغني ويفي بالغرض، بالإضافة إلى أن المشرع بوسعه وبمقدرته تجنب هذا التكرار الحاصل.

نجيب على ذلك بأن الفقه المصري، ذهب إلى أن النص على حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الحلول في صدد عقد الكفالة، ما هو إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تضمنت هذا الحق، فيسري على الكفيل المبادئ العامة في الوفاء مع الحلول. فيحل الكفيل محل الدائن في

ينص لا على القاعدة العامة في الوفاء مع الحلول ولا على تطبيقها في عقد الكفالة، إلا أن هذا لا يعني عدم قدرة الكفيل في الرجوع على المدين عن طريق حلوله محل الدائن الموفى له.

(1) منصور – مصطفى منصور، **عقد الكفالة**، ص104.

ذات الحق، ويضيف الفقه المصري كذلك بأن النص على هذا الحق في صدد عقد الكفالة لا يعدو أن يكون ترديداً لأحكام القواعد العامة التي تضمنت هذا الحق[1].

وبهذا الخصوص لا نتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقه في مصر، فهذا التكرار لا مبرر له وحاجة إليه، فالمشرع عند تقريره حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الحلول لم يكن بحاجة إلى تقرير نص آخر يمنح الكفيل هذا الحق. فحتى لو قلنا أن النصوص الخاصة بعقد الكفالة هي بمثابة قيد على النصوص العامة الواردة في القواعد العامة، فهذا القول لا يتفق مع الواقع، حيث أن النصوص الخاصة بعقد الكفالة والتي تجيز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول ليست بمثابة قيد على النصوص العامة الواردة في القواعد العامة، فهي لم تورد أحكاماً خاصة بالكفيل تبره وجوده، حيث أن وفاء الكفيل الدين للدائن يترتب عليه الحلول محل الدائن.

وبما أن الحلول هو أثر لوفاء الكفيل الدين للدائن، فإنه لا بد من أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء فعلا عند حلول أجله، فمن خلال ذلك نستنتج بأن الشروط الواجب توافرها في الكفيل لكي يحق له استخدام دعوى الحلول في مواجهة المدين هي: أن يكون الكفيل قد وفى الدين فعلاً، وأن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله.

الشروط الأول: أن يكون الكفيل قد وفى الدين فعلاً.

يشترط في الكفيل لكي يحل محل الدائن في حقوقه اتجاه المدين أن يكون قد وفى الدين فعلا، فالحلول لا يكون إلا للكفيل الذي قام بالوفاء، ذلك لأن الدائن يحتفظ بدعواه ما دام دينه لم يسدد، فليس للكفيل عند ذلك أن يحل محله فيها[2].

نخلص من خلال ما تقدم ذكره، بأن هذا الشرط يقضي بأن يقوم الكفيل بوفاء الدين كاملا حتى يكون له الرجوع على المدين بدعوى الحلول, فكيفية الوفاء ليست محل خلاف المهم أن يترتب على هذا الوفاء انقضاء الدين، فإذا لم يف الكفيل الدين أو لم يقضي الدين بأي سبب من أسباب الوفاء، كما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فإن هذا لا يعتبر وفاء للدين وبالتالي لا يحل الكفيل محل الدائن.

فهذا الشرط يقضي بأن يقوم الكفيل بوفاء الدين بتمامه، ولكن ما الحكم إذا وفى الكفيل جزءا من الدين فهل يحق للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول؟

---

(1)مرقس ــ سليمان، **عقد الكفالة**، ص182، زكي ــ جمال الدين، مرجع سابق، ص135، سلامة ــ أحمد، مرجع سابق، ص78، السنهوري ــ عبد الرزاق ، ج10، ص182، تناغو ــ سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص111، سعد ــ نبيل ، مرجع سابق، ص337، إمام ــ محمد علي، مرجع سابق، ص144.

(2) مشار إليه في أبو السعود ــ رمضان ، التأمينات الشخصية والعينية، ص202 هامش (1).

للإجابة على ذلك نجد بأنه عند استعراضنا لنصوص التشريعات العربية بخصوص دعوى الحلول نجد بأن المشرع العربي يشترط لمنح الكفيل هذه الدعوى أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملاً سواء كان هذا الوفاء من الكفيل وحده أو منه ومن المدين أم من الكفيل والغير، وهذا ما دلت عليه نصوص المواد المشار إليها آنفاً بخصوص دعوى الحلول، وبنفس الوقت هو تطبيقاً للقاعدة العامة القاضية بأن لا يضار الدائن بحلول الموفى محله وهو ما تقضي به قواعد الوفاء مع الحلول.

فالكفيل إذن، لا يجوز له أن يحل محل الدائن إذا وفى بجزء من الدين، حتى ولو كان الجزء الذي قام بوفائه هو الذي كفله فقط، استناداً إلى ما تقضي به قواعد الوفاء مع الحلول، ولأن في ذلك ضرراً للدائن، يتمثل في مزاحمة الكفيل له، في رجوعه بالباقي من دينه على المدين.

أما إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين، واستوفى الدائن الجزء الباقي من شخص آخر غير المدين، كان لهذا الشخص أن يحل محل الدائن بدعوى الحلول، في رجوعه، حيث يتساوى الكفيل مع من حل محل الدائن، وبالتالي يتقاسما قسمة الغرماء[1] فالعبرة ليست بحصول الوفاء من المدين نفسه بل باستيفاء الدائن كل حقه.

الشرط الثاني: أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله على المدين.

فإذا كان الوفاء قبل الأجل فإن الكفيل في هذه الحالة يكون قد عرض نفسه لخطر ضياع حقه في الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى في المدة ما بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ الذمة من الدين[2].

فمن خلال هذا الشرط نجد بأنه يجب أن يحل أجل الدين، حتى يتمكن الكفيل من الرجوع على المدين بدعوى الحلول، أما إذا قام الكفيل بوفاء الدين قبل حلول أجله وبغير رضاء الدائن، فلا يجوز له الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا عند حلول الأجل واستيفاء الدائن حقه كاملاً.

ماذا يترتب على حلول الكفيل محل الدائن؟

فإذا توافر الشرطين السابقين، أي وفاء الكفيل الدين المكفول للدائن في الأجل المحدد، وبالتالي حلول الكفيل محل الدائن، فإنه يترتب على ذلك أن يكون للكفيل الرجوع على المدين بما كان يستطيع أن يرجع به الدائن عليه، وقد عبر المشرع العربي صراحة عن هذا المضمون في المواد المشار إليها سابقاً بخصوص دعوى الحلول. وبما أن الكفيل الذي وفى الدين للدائن عند

---

(1) منصور ــ مصطفى منصور، **عقد الكفالة**، ص104 وما بعدها.

(2)الشرقاوي ــ جميل ، **التأمينات الشخصية والعينية**، ص102 وما بعدها، السنهوري ــ عبد الرزاق ، ج10، ص184، زكي ــ جمال الدين، مرجع سابق، ص136.

حلول أجله قد حل محل الدائن في حقوقه، فإنه يترتب على حلول الكفيل محل الدائن الحقوق التالية:

أولا: حلول الكفيل محل الدائن، بالقدر الذي أداره من ماله.

فقد يحدث أن يقوم الكفيل بوفاء جزء من الدين المكفول، فيتنازل الدائن عن الجزء المتبقي من الدين، في هذه الحالة لن يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول بموجب هذا الوفاء الجزئي إلا بالقدر الذي أداه من ماله فعلاً[1].

وبناء عليه نستطيع القول بأن الكفيل إذا قام بوفاء جزء من الدين المكفول قبل حلول الأجل أو عند حلول الأجل، فإن الكفيل في هذه الحالة لن يستطيع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول بموجب هذا الوفاء الجزئي إلا بعد أن يستوفي الدائن حقه عند حلول الأجل إذا لم يكن قد حل أجله. فدعوى الحلول كما نعلم ليست مجالاً للإثراء بلا سبب، فرجوع الكفيل بالقدر الذي أداه من ماله يحقق فكرة الكفالة، لبعدها عن المضاربة[2].

ثانيا: حلول الكفيل محل الدائن فيما يثبت لهذا الدائن من حق قبل المدين، وفي حدود ما أداه الكفيل من ماله.

فإذا كان حق الدائن قد انقضى بأي طريق من طرق الانقضاء فلا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين ويكون له الرجوع على الدائن طبقاً لدعوى استرداد ما دفع دون حق[3].

فمن خلال هذا نجد بأنه يشترط لذلك أن يكون حق الدائن تجاه المدين ما زال قائماً، فالحلول لا تتم كما تبين للطالب إلا إذا كان حق الدائن تجاه المدين لا يزال قائماً وقت قيام الكفيل بالوفاء إلى الدائن. أما إذا كان حق الدائن قبل المدين قد انقضى أو كان باطلا قبل قيام الكفيل بالوفاء للدائن، فلا يحل الكفيل محل الدائن وبالتالي لا يجوز له الرجوع على المدين بدعوى الحلول.

ثالثا: حلول الكفيل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص ومميزات ويلحقه من توابع.

فالكفيل يرجع بحق الدائن وبما له من خصائص سواء كانت هذه الخصائص قد نشأت من اتفاق الدائن والمدين، أم نص عليها القانون وبناء عليه:

فإذا كان الدين الأصلي تجارياً، فإن الكفيل يحل محل الدائن بهذه الصفة، رغم أن التزام الكفيل قبل الدائن يعتبر دائماً من الأعمال التحضيرية[1].

---

(1) د. الشرقاوي ــ جميل، مرجع سابق، ص84 وكذلك الدكتور تناغو ــ سمير، مرجع سابق، ص113.

(2) د. زكي ــ محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص136 وما بعدها.

(3) د. مرقس ــ سليمان، **عقد الكفالة**، ص134.

وعليه يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق على اختصاصها بين الدائن والمدين، حيث أن الكفيل يستفيد من صفة الدين في الرجوع على المدين، من حيث الاختصاص، والإثبات والفوائد.

إذا كان حق الدائن ثابت بسند تنفيذي، فإنه يجوز للكفيل أن يباشر التنفيذ بذات السند التنفيذي الثابت فيه حق الدائن. فإذا كان الدائن قد سار في إجراءات التقاضي فلا يحتاج الكفيل إلى تجديد هذه الإجراءات بل يسير فيها من حيث وجدها[2].

خضوع حق الكفيل فيما يتعلق بالتقادم النوع المتقادم الذي خضع له حق الدائن، أي تحدد المدة على أساس طبيعة الحق في العلاقة بين الدائن والمدين، كما تحسب هذه المدة من بدء سريانها من تاريخ استحقاقها، لا من تاريخ وفاء الكفيل عن المدين[3]. وعليه فإذا كان حق الدائن له مدة تقادم أقل من مدة التقادم العام، بقيت له هذه الصفة في مواجهة الكفيل.

بالنسبة لفوائد الدين المكفول، فإنه يحق للكفيل أن يتقاضى هذه الفوائد بذات السعر الذي كان سارياً لصالح الدائن، وللكفيل كذلك الحق في تقاضي ما استحق من الفوائد وما سيستحق[4].

بالنسبة للمصروفات التي أنفقها الكفيل في مواجهة المدين، يحق للكفيل الرجوع على المدين بما دفعه الكفيل للدائن نظير المصروفات التي تكبدها الدائن في مواجهة المدين[5].

فالنسبة للفوائد والمصروفات نجد بأن الأمر لا يقتصر على رجوع الكفيل بأصل الدين فحسب، بل يشتمل الرجوع أيضا، توابع هذا الدين، فنلاحظ أن الكفيل يستفيد من الفائدة إذا كان الدائن والمدين متفقين عليها، فالكفيل يلتزم بهذا الاتفاق من حيث السعر مثلا، وهذا يقودنا إلى أنه إذا لم يكن الدين الأصلي منتجاً للفوائد، فإن الكفيل لا يستحق أي جزء منها سوى ما تمنحه إياه القواعد العامة من فوائد قانونية التي تبدأ من تاريخ المطالبة القضائية، ولا يقتصر الأمر عند هذا الحد بل ينصرف رجوع الكفيل وحلوله على المصروفات التي تكبدها الدائن في مواجهة المدين ودفعها الكفيل له. إلا أن ذلك لا يعطي الكفيل الحق في الرجوع بالمصروفات التّي أنفقها نتيجة الكفالة، كنفقات الأشياء عن أموال المدين لتجريده منها، وكذلك نفقات مقاضاة الدائن له، ولا بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد لحقه نتيجة تنفيذ التزامه، ويرى الأستاذ السنهوري بأن الشرط الجزائي الذي اشترطه الدائن على المدين يعتبر من قبيل التوابع.

---

(1) د. حسن ــ عبد الخالق، مرجع سابق، ص196.

(2)السنهوري ــ عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص186.

(3) د. الشرقاوي ــ جميل ، مرجع سابق، ص85، ود. سعد ــ نبيل ، مرجع سابق، ص34.

(4) د. السنهوري ــ عبد الرزاق ، **الوسيط**، ج10 ص186.

(5) د. زكي ــ محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص85.

رابعا: حلول الكفيل محل الدائن بما لحق الدائن من تأمينات.

فرجوع الكفيل على المدين مضموناً بنفس التأمينات التي كانت مقررة للدائن، سواء كانت شخصية أو عينية، أو مقدمة من المدين أو من شخص آخر، أو كانت موجودة وقت الكفالة أو قدمت بعد ذلك[1].

بخصوص هذا الحق نجد بأن التأمينات قد تكون شخصية أو عينية، وقد تكون سابقة في وجودها على الكفالة أو حتى معاصرة لها، أو لاحقة، ولاحظنا من خلال دراسة حقوق والتزامات كل من الكفيل والدائن بأنه يجب على الدائن أن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات وليست أية مستندات بل المستندات التي تمكن الكفيل من الرجوع على المدين، وعليه فلا بد من أن تنتقل حيازة المنقول المرهون من الدائن إلى الكفيل، أو حتى يؤشر على قيد الرهن الرسمي بأن الكفيل قد حل محل الدائن، وهذا يقودنا بأن للكفيل الحق في الرجوع بالحقوق والدعاوي التي تؤكد حقه، كحق الحبس، ودعوى الفسخ.

فالدين الذي حل فيه الكفيل محل الدائن بوفائه الدين إليه قد يكون مضموناً بحق من الحقوق العينية التبعية، كالرهن الرسمي، أو الرهن الحيازي، أو حق الاختصاص، أو حق الامتياز، يستفيد الكفيل من هذا التأمين المقرر في حالة قيامه بالإجراءات التي حددها القانون، وحلول الكفيل محل الدائن في الاستفادة من هذه الضمانات يكون بحكم القانون[2].

خامسا: حلول الكفيل محل الدائن بما يرد على حق الأخير من دفوع.

مفاد ذلك أنه يحق للمدين أن يتمسك في مواجهة الكفيل بكل الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة الدائن. وعليه فإذا كانت العلاقة بين الدائن والمدين قد تقرر إبطالها، كان من حق المدين أن يتمسك بهذه الدفوع في مواجهة الكفيل كما كان ذلك تجاه الدائن.

وينبني على ما سبق بأنه إذا كان دين الدائن قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء، فإن المدين له أن يدفع بذلك في مواجهة الكفيل.

أما إذا كان حق الدائن معلقاً على شرط واقف لم تحقق الواقعة التي علق عليها الشرط الواقف، أو كان معلقاً على شرط فاسخ وتحققت الواقعة التي علق عليها الشرط الفاسخ، أو كان حقاً مؤجلاً ولم يحل الأجل بعد، يحق للمدين عند رجوع الكفيل عليه أن يتمسك بهذه الدفوع في مواجهة الكفيل[3]. وللمدين كذلك أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص في مواجهة الكفيل[4].

---

(1) د. إمام ــ محمد علي، مرجع سابق، ص149، ود. مرقس ــ سليمان ، مرجع سابق، ص135.

(2) د. السنهوري ــ عبد الرزاق، **الوسيط**، ج10، ص187، و د. حسن ــ عبد الخالق، مرجع سابق، ص198.

(3) د. السنهوري ــ عبد الرزاق، **الوسيط**، ج10، ص188.

(4) د. الشرقاوي ــ جميل، مرجع سابق، ص68.

وبعد أن تم التعرض بإيجاز للوسائل التشريعية التي يحق للكفيل من خلالها الرجوع على المدين، وكان آخر ذلك مضمون الرجوع بدعوى الحلول، التي كفل المشرع العربي من خلالها للكفيل عند رجوعه على المدين بما وفى به، فإن ذلك يدفع بنا إلى المقارنة بين هذه الوسائل أي المقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول.

فمن خلال ما تقدم بخصوص دعوى الحلول والدعوى الشخصية وجدنا بأن لكل دعوى هويتها المستقلة عن الأخرى وبما أننا قد تعرضنا لهاتين الدعويين، من شروطهما وموضوعهما، سوف تكون المقارنة بينهما من حيث هذا الخصوص، ونختم المقارنة بينهما بذكر خصائص كل من الدعويين.

أما المبحث الثاني فسوف يكون لبحث آثار الكفالة في الفقه الإسلامي ضمن ثلاثة مطالب، المطلب الأول لبحث العلاقة ما بين الكفيل والدائن، والمبحث الثاني لبحث العلاقة ما بين الكفيل والمدين، والمطلب الثالث لبحث العلاقة ما بين الكفيل وغيره من الكفلاء الآخرين.

أولا: بالنسبة للكفيل الذي يحق له الرجوع بكلتا الدعويين

يشترط لكي يقوم الكفيل بالرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، أن تكنون الكفالة قد تمت بعلم المدين ودون معارضة منه، أو بغير علمه، وكذلك أن تكون الكفالة لصالح المدين أو لصالح المدين والدائن معاً.

فإذا تمت الكفالة رغم معارضة المدين، أو تمت الكفالة لصالح الدائن وحده ودون أن يراعي فيها صالح المدين فإن الكفيل والحالة هذه لا يستطيع أن يرجع بالدعوى الشخصية.

أما بالنسبة لدعوى الحلول فبما أن الحلول أثر للوفاء، فإنه يحق للكفيل الرجوع بهذه الدعوى، سواء كانت الكفالة قد تمت بعلم المدين أو بغير علمه أو حتى رغم معارضته أو تمت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن وحده.

ففي دعوى الحلول يستوي الأمر أن تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين أو بدون علمه أو حتى رغم معارضته، على نقيض الدعوى الشخصية. ذلك لأن الحلول كما أشرنا أثر للوفاء ولا أهمية لنوع الرابطة التي تربط الكفيل بالمدين. واستناداً إلى ذلك يستوي أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المدين وحده.

ثانيا: بالنسبة لوفاء الدين وأجله.

لاحظنا مما سبق عند الحديث عن شروط كل من الدعويين، أن كل منها تشترط أن يكون الدائن قد استوفى دينه من الكفيل لكي يحق لهذا الأخير الرجوع على المدين، إلا أنه يوجد خلاف بينهما في مقدار الوفاء وأحقية الرجوع في هذا المقدار.

فالدعوى الشخصية لا تشترط أن يكون الدائن قد استوفى دينه كاملا. وهذا يعني أنه يحق للكفيل الرجوع بهذه الدعوى ولو كان الوفاء جزئيا، إذا كانت كفالته بحدود هذا الجزء، وله كذلك مزاحمة الدائن عند رجوعه على المدين بباقي الدين، ولا يقتصر الأمر عند هذا الحد بل يتساوى معه استيفاء حقه من المدين.

فإذا وفى الكفيل جزءا من الدين للدائن وأراد الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، فإنه يتساوى مع الدائن، ويقتسمان مال المدين قسمة غرماء، ولا يتقدم الدائن عليه

أما إذا كانت الكفالة مطلقة وقام الكفيل بوفاء جزء من الدين وقبله الدائن. فلا يحق للكفيل مزاحمة الدائن عند رجوعهما على مال المدين.

أما في دعوى الحلول فالأمر على خلاف ذلك، فالكفيل لا يحق له الرجوع على المدين بهذه الدعوى إلا إذا استوفى الدائن كامل حقه.

فلا يجوز للكفيل الذي وفى بجزء من الدين وكانت كفالته بحدود هذا الجزء أن يرجع على المدين بهذه الدعوى قبل أن يستوفي الدائن كل حقه، لأن القواعد العامة تقضي بعدم جواز مزاحمة الدائن ممن يحل محله، وهذا ما أكده المشرع العربي في المواد التي تجيز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول، حيث اشترطت هذه المواد أن يستوفي الدائن كل حقه سواء من المدين أو من غيره، وعليه فإذا وفى الكفيل بجزء من الدين، ووفى المدين بالجزء الباقي، كان للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول، وكذلك الحال لو وفى الجزء الباقي شخص آخر غير المدين، فلهذا الشخص حق الحلول ومزاحمة الكفيل في حلوله محل الدائن وهذا الحكم ليس من النظام العام، حيث يجوز للدائن أن يرضى بمزاحمة الكفيل له في رجوعهما على المدين[1].

بالنسبة لشرط الأجل، نجد بأنه لا يوجد خلاف حول هذا الشرط في كلتا الدعويين، حيث يشترط في الرجوع بأي من الدعويين، أن يكون أجل الوفاء بالدين قد حل.

ثالثا: بالنسبة لشرط الإخطار.

إن شرط الإخطار غير واجب إلا في الدعوى الشخصية، أما في دعوى الحلول فلا يشترط فيها الإخطار قبل الوفاء، إذ أن الوفاء دون إخطار المدين به يجعل الكفيل يحل محل الدائن كالوفاء بعد الإخطار سواء بسواء[2].

وعليه فإذا قام المدين بوفاء الدين قبل أن يقوم الكفيل بوفائه، فلا يحل الكفيل محل الدائن، وبالتالي لا يجوز له الرجوع على المدين بشيء فالكفيل يحل بالحق الذي حل فيه، أما إذا قام الكفيل بإخطار المدين برغبته بالوفاء للدائن ولم يعارضه المدين وقام الكفيل بالوفاء فإنه يرجع

---

(1) السنهوري – عبد الرزاق، **الوسيط**، ج10، ص191.

(2) د. مرقس – سليمان ، **عقد الكفالة**، ص102.

على المدين بالدعوى الشخصية وليس بدعوى الحلول، ونخلص القول بأن الإخطار لا يكون واجباً إلا في الدعوى الشخصية فقط.

رابعا: بالنسبة لموضوع كلتا الدعويين.

سوف نتعرض في هذا البند لموضوع الدعويين من حيث مقدار رجوع الكفيل على المدين، وكذلك خصائص حق الدائن وتوابعه وتأميناته ودفوعه.

1. بالنسبة لمقدار رجوع الكفيل على المدين:

بالنسبة لدعوى الحلول فإن الكفيل يحل محل الدائن فيما له من حقوق قبل المدين، وما يترتب على هذا الحقوق من صفات وتوابع وما يكفله من تأمينات.

أما في الدعوى الشخصية يرجع الكفيل على المدين بكل ما أداه لإبراء ذمته، وبالمصروفات التي تكبدها في سبيل الوفاء بالتزامه وبالتعويضات في حالة ما إذا أصابه ضرر من الوفاء نتيجة لسوء نية المدين.

فنجد أنه في دعوى الحلول يرجع الكفيل بحق الدائن ذاته وعليه فإذا كان حق الدائن قد انقضى، فلا يجوز للكفيل أن يرجع به.

أما في دعوى الحلول للكفيل الرجوع بهذه الدعوى إذا كان المدين قد قصر في الرد على الإخطار الموجهة من الكفيل به بعزمه على الوفاء معترضاً على القيام بذلك.

2. بالنسبة لخصائص حق الدائن:

أ- إذا كان حق الدائن مقترنا بأجل.

في الدعوى الشخصية يتقيد الكفيل في الرجوع على المدين بالأجل الأصلي بغض النظر عن امتداده، برضا الدائن.

في دعوى الحلول لا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بهذه الدعوى إلا بعد حلول الأجل، وإذا مد الأجل بموافقة الدائن أو بحكم القاضي لا يجوز للكفيل الرجوع على المدين بهذه الدعوى إلا في الأجل الجديد.

ب- إذا كان الدين تجاريا.

فإذا رجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية فإنه يرجع دائماً بدين مدني.

أما إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول فإنه يرجع دائماً بما لحق الدائن من خصائص فإذا كان حق الدائن تجارياً استفاد الكفيل من هذه الصفة ولو كان دينه مدنياً قبل الدائن.

ج- بالنسبة لمدة التقادم إذا كانت محددة بمدة معينة.

في الدعوى الشخصية إذا رجع الكفيل على المدين بهذه الدعوى فإن حقه يتقادم بمضي خمسة عشرة سنة. أما في دعوى الحلول فإذا أراد الكفيل الرجوع بهذه الدعوى فقد يضار من ذلك خصوصاً إذا كان الدين يسقط بنوع قصير من التقادم وكذلك إذا كانت مدة التقادم التي سرت في مواجهة الدائن مدة طويلة ولم يبقى للكفيل إلا مدة قصيرة وينقضي بعدها الدين. وعليه فإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول فإن حقه ينقضي بمضي هذه المدة المحددة، وتبدأ بحقه من الوقت الذي يستطيع الدائن أن يطالب فيه بحقه، أما في الدعوى الشخصية فتبدأ من وقت الوفاء بالدين فمن خلال هذا التاريخ ينشأ حق الكفيل.

د- بالنسبة لحق الدائن إذا كان ثابت بسند تنفيذي رسمي.

في الدعوى الشخصية لا بد للكفيل من أن يقاضي المدين أي يرفع الدعوى باسمه أمام القضاء. أما في دعوى الحلول للكفيل أن ينفذ بهذا السند باسم المدين دون حاجة إلى رفع دعوى باسمه أمام القضاء.

3. بالنسبة لتوابع حق الدائن في كل من الدعويين.

فإذا كان دين الدائن منتجاً لفوائد اتفاقية، فإن للكفيل في كلتا الدعويين الرجوع على المدين بهذه الفوائد. فإذا لم يكن دين الدائن منتجا لفوائد اتفاقية، فإن للكفيل الرجوع بكلتا الدعويين بالفائدة القانونية فقط محسوبة من وقت المطالبة القضائية في دعوى الحلول ومن وقت الدفع في الدعوى الشخصية.

4. بالنسبة لتأمينات حق الدائن.

فإذا رجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية لا يستفيد من التأمينات التي تضمن دين الدائن، لأنه يرجع بدعوى خاصة ومستقلة عن حق الدائن.

في دعوى الحلول يحق للكفيل الرجوع على المدين، بما يكفل حق الدائن من تأمينات سواء كانت شخصية ككفالة أخرى أو عينية كرهن رسمي أو حق امتياز، لأنه يحل محل الدائن في حقه ومما يكفله من تأمينات.

5. بالنسبة للدفوعك للمدين في دعوى الحلول أن يدفع في رجوع الكفيل عليه بكافة الدفوع التي كانت ثابتة له في مواجهة الدائن، كالدفوع المتعلقة بوجود أو صحة أو انقضاء الدين،

أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية فإن المدين يفقد هذا الحق إذا كان الكفيل قد أخطره بعزمه على الوفاء ولم يبد اعتراضاً على ذلك في الوقت المناسب.

فمن خلال المقارنة ما بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول نستطيع تحديد خصائص كل من الدعويين، فالدعوى الشخصية تمتاز بما يلي:

1- رجوع الكفيل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه دون خطأ منه بسبب تنفيذ الالتزام.

2- رجوع الكفيل بالمصروفات التي أنفقها في سبيل الوفاء بالتزامه، وكذلك بكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن.

3- ينشأ الحق في هذه الدعوى من وقت وفاء الكفيل الدين للدائن.

4- تستحق الفوائد القانونية للكفيل من وقت الدفع.

أما دعوى الحلول فوجدنا أنها تمتاز بالخصائص التالية:

1- للكفيل جميع تأمينات الحق الذي وفاه.

2- للكفيل خصائص وتوابع حق الدائن.

3- للكفيل عدم إخطار المدين بعزمه على الوفاء.

4- تثبت لكل كفيل قام بالوفاء للدائن بغض النظر عن كيفية انعقاد الكفالة، وفي ذلك تتميز دعوى الحلول عن الدعوى الشخصية؛ لأن الكفيل الذي يرفع الدعوى الشخصية يجب ألا تكون كفالته قد تمت رغم معارضة المدين عليها.

المطلب الثالث

علاقة الكفيل بالمدينين والكفلاء المتعددين

ينقسم هذا المطلب إلى قسمين، نتناول في القسم الأول علاقة الكفيل بالمدينين المتعـددين سواء أكانوا متضامنين أم غير متضامنين، وفي القسم الثاني نبحث علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء المتعددين.

أولا: علاقة الكفيل بالمدينين المتعددين.

إن ما تقدم بيانه في المطلبين السابقين من هذا الفصل هو الصورة البسيطة لرجوع الكفيل على المدين والتي لا تكون إلا إذا كان هناك مديناً واحداً. أي عندما يكون المدين شخصاً واحداً، وبالتالي الرجوع لا يكون إلا بمواجهة هذا المدين. الأمر الذي يقتضي منا دراسة الوجه الآخـر للرجوع وهو تعدد المدينين بالنسبة للدين الواحد، فالكفيل قد يكفلهم جميعاً أو قد يكفل بعضهم، وقد يكون هؤلاء المدينين متضامنين فيما بينهم أو غير متضامنين، لذلك فإننا سوف نقـوم بدراسـة رجوع الكفيل على المدينين المتعددين إذا كانوا غير متضامنين، وكذلك رجوعه على المدينين إذا كانوا متضامنين.

1. علاقة الكفيل بالمدينين المتعددين الغير متضامنين.

فإذا تعدد المدينين في الدين الواحد، وكفل الكفيل المدينين جميعاً وكانوا غير متضامنين، ووفى الدين كله للدائن، في هذه الحالة للكفيل الرجوع على كل منهم بقدر نصيبه في الدين فقـط، فيعد الكفيل والحالة هذه كأنه كفل عدة ديون متفرقة ويرجع على كل منهم، سواء كـان رجـوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، لأنه في الدعوى الأولى لا يرجع إلا بمقدار ما وفاه مـن نصيب المدين من الدين ولا يحل بموجب الدعوى القانونية محل الدائن إلا بما له من قبـل كـل مدين غير متضامن.

أما إذا كفل الكفيل بعض المدينين الغير متضامنين، ووفى الدين كله للدائن، فالكفيل فـي هذه الحالة لا يرجع إلا على من كفله منهم بقدر نصيبه في الدين، كما سبق أن رأينا بالدعويين، ولكن إذا كان الكفيل قد وفى الدين للدائن وترتب على هذا الوفاء براءة ذمة الباقين، في هذه الحالة للكفيل الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب حسب ما تقضي به القواعد العامة[1].

2. علاقة الكفيل بالمدينين المتعددين المتضامنين.

---

(1) د. مرقس ـــ سليمان، مرجع سابق، 141. منصور ـــ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص109. أبو السعود ـــ رمضان ، مرجع سابق، ص189. سعد ـــ نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص344.

إذا تعدد المدينون في الدين الواحد، وكفلهم الكفيل جميعاً وكانوا متضامنين، ووفى الدين كله للدائن، جاز للكفيل الرجوع على أي من المدينين المتضامنين[1]؛ لأن الكفيل قد كفل كل منهم في جميع الدين كما لو كان منفرداً. ورجوعه يكون إما بالدعوى الشخصية؛ لأنه كفل كل مدين، أو بدعوى الحلول؛ لأن الدائن كان له أن يطالب كل مدين بكل الدين. إذا توافرت شروط كل منها، فإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية فهو يرجع بما وفاه للدائن، أي بكل الدين على أي من المدينين المتضامنين تضاف إليه الفوائد القانونية والمصروفات والتعويض، وذلك طبقا لقواعد التضامن فيما بين المدينين.

أما إذا رجع بدعوى الحلول فهو يرجع بنفس حق الدائن وما له من خصائص وتوابع وتأمينات؛ لأنه يحل محل الدائن في حقه.

بالنسبة للمشرع اللبناني، فرغم غياب مثل هذا النص بخصوص رجوع الكفيل على المدينين المتعددين سواء كانوا متضامنين أو غير متضامنين، إلا أنه ليس ثمة مانع بالأخذ به لا سيما وأنه يتفق والقواعد الخاصة بتضامن المدينين، فوفاء أحدهم مبرئ لذمة الباقين، عدا عن كون لصاحب الحق مطالبة من عليهم الحق المتضامنين به مجتمعين أو منفردين.

أما إذا كفل الكفيل بعض المدينين المتعددين المتضامنين، ووفى الدين كله للدائن، جاز للكفيل الرجوع على المدينين الذين كفلهم، ورجوعه يكون بأي من الدعويين، إذا توافرت شروطهما.

أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم فباستعراض التشريعات العربية نجد بأن المشرع العربي لم يتعرض لهذه الحالة، إلا أن الفقه الراجح ذهب إلى أن للكفيل الرجوع عليهم بإحدى الدعاوى الثلاث التالية:

الدعوى الأولى: الدعوى غير المباشرة، ورجوعه يكون بحصة المدين الذي يرجع عليه ونصيب هذا الأخير في حصة من يعسر من المدينين المتضامنين، طبقا للقواعد العامة في التضامن.

الدعوى الثانية: دعوى الإثراء بلا سبب، ورجوعه يكون بقدر إثراء هذا المدين، الذي لم يستفيد إلا بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة من يعسر من المدينين المتضامنين، وللمدين

---

(1) هذا ما نصت عليه المادة 801 من **القانون المدني المصري** ويقابلها المادة 986 **مدني أردني** والمادة 772 **مدني كويتي** والمادة 678 **مدني جزائري**، والمادة 767 **مدني سوري** والمادة 646 من **مجلة الأحكام العدلية**، ولا يوجد مقابل لهذه المادة في قانون الموجبات والعقود اللبناني.

المتضامن الذي رجع عليه الكفيل أن يحتج في مواجهة الكفيل بالدفوع التي يمكن أن يحتج بها على المدين المتضامن الذي كفله الكفيل، كأن تكون ذمة المدين المتضامن قد برئت من الدين(1).

الدعوى الثالثة: دعوى الحلول، ورجوع الكفيل يكون بنص حق الدائن وبما له من خصائص وتوابع وتأمينات وضمانات، أي بالدين كله وليس بقدر نصيبه فقط؛ لأن من ضمانات حق التضامن بين المدينين، الأمر الذي يمنح الكفيل الحق في مطالبة المدين المتضامن بالدين كله ولو لم يكن يكفل هذا المدين، عدا عن كون الكفيل عندما قام بالوفاء بالدين قد حل محل الدائن طبقاً للقواعد العامة(2).

أما الدعوى الشخصية فلا يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين المتضامن الذي المتضامن الذي لم يكفله بهذه الدعوى؛ لأن هذه الدعوى خاصة بالعلاقة فيما بين الكفيل والمدين الذي كفله فقط.

نستنتج مما تقدم ما يلي:

أولا: لا يستطيع الكفيل بعد أداء الدين أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله بالدعوى الشخصية، فهذه الدعوى تقتصر على حق الكفيل في الرجوع على المدين المكفول عنه دون غيره.

ثانيا: يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين المتضامن غير المشمول بالكفالة بموجب دعوى شخصية تقوم على أساس قواعد الإثراء بلا سبب.

ثالثا: يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين المتضامن غير المكفول عنه بموجب الدعوى المباشرة التي يمارسها نيابة عن المدين المتضامن المكفول عنه، فالكفيل إذا أدى الدين للدائن أصبح هو دائنا لكل مدين متضامن مكفول عنه.

رابعا: يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن للكفيل أن يرجع على المدين المتضامن غير المكفول بدعوى الحلول. فقواعد الحلول تقتضي أن الكفيل الذي وفى بكل الدين للدائن يحل محل هذا الأخير فيه بما يضمن هذا الحق من ضمانات وبما أن التضامن بين المدينين هو أحد هذه الضمانات، فإنه يجوز للكفيل الذي حل محل الدائن أن يرجع على أي مدين متضامن بكل الدين، وإن لم يكن قد كفل هذا الدين. فحق الكفيل الذي أدى الدين لا يقتصر على الرجوع على المدين

---

(1)السنهوري ــ عبد الرزاق، ج1، ص196.

(2)عبد الباقي ــ عبد الفتاح، مرجع سابق، ص197 وما بعدها، السنهوري ــ عبد الرزاق، ج1، ص198، منصور ــ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص112، مرقس ــ سليمان، مرجع سابق، ص143- 144، تناغو ــ وسمير، مرجع سابق، ص125- 126، فرج ــ توفيق حسن، مرجع سابق، ص83 – 84، محمود جمال الدين مرجع سابق، ص139.

أو المدينين في نفس الدين، بل يمتد ليشمل الرجوع على الكفلاء الآخرين إن وجدوا، وهذا هو الموضوع الثاني في

ثانيا: علاقة الكفيل بالكفلاء المتعددين.

سبق أن تعرفنا على العلاقة فيما بين الكفيل والدائن والقواعد التي تحكم رجوع الدائن على الكفيل وكذلك تعرفنا على العلاقة فيما بين الكفيل والمدين والقواعد التي تحكم رجوع الكفيل على المدين، وقد انتهينا بصدد ذلك إلى أن وفاء الكفيل الواحد، بالدين يبرئ ذمته وذمة الكفلاء الآخرين في مواجهته. وحتى يكتمل الحديث لا بد للطالب أن نتعرف على العلاقة فيما بين الكفيل والكفلاء الآخرون والقواعد التي تحكم رجوع الكفيل الموفى على سائر الكفلاء الآخرين بحصصهم في الدين المكفول.

ولقد لاحظنا فيما تقدم أن أحكام الرجوع تختلف بحسب ما إذا كان أطراف العقد متضامنين فيما بينهم أو غير متضامنين. فقد يكفل المدين أكثر من كفيل سواء أكان بعقد واحد أم بعقود متوالية مما يترتب عليه تضامنهم أو عدمه، فإذا قام أحد هؤلاء الكفلاء بوفاء الدين فيكون له حق الرجوع إما على المدين أو على غيره من الكفلاء في حال تعددهم، إلا أن أحكام هذا الرجوع تختلف تماما في حال رجوع الكفيل على المدين –الذي تناولناه في بداية الفصل– عنه في حال رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء فهو يختلف في حال تضامنهم أو عدمه من حيث نوع الدعوى التي يرجع بها الكفيل،

أو من حيث مدى هذا الرجوع وعليه سوف نبحث هذا الموضوع على النحو الآتي:

الحالة الأولى: رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء غير المتضامنين.

الحالة الثانية: رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء المتضامنين.

الحالة الأولى: رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء غير المتضامنين:

إن دراسة هذه الحالة تقتضي منا أن نبدأها بالسؤال التالي وهو متى يكون الكفلاء غير متضامنين وكيف يمكن الرجوع عليهم، فللإجابة على هذا السؤال نبدأ بالشق الأول منه وهو متى يكون الكفلاء غير متضامنين، فإذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد أو حتى بعقود متوالية مع احتفاظ كل واحد منهم بحقه في التقسيم فإنه والحالتين هاتين يكون الكفلاء غير متضامنين. وبالتالي فإن الدين ينقسم عليهم، بحيث لا يلتزم الكفيل إلا بقدر نصيبه من الدين.

أما بالنسبة للشق الثاني من السؤال نجيب عليه بأنه إذا وفى أي منهم بنصيبه فإن ذمته تبرأ ولا يحق له الرجوع على الكفلاء الآخرين بشيء. فالدائن هو الذي يلتزم بتقسيم الدين على الكفلاء فلا يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه من الدين، فإذا كان أحد الكفلاء معسرا تحمل

الدائن نصيب المعسر منهم[1]؛ لأنه في هذه الحالة قد اتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون[2].

أما إذا أوفى الكفيل بكل الدين كان وفاؤه بما يجاوز نصيبه وفاء غير الملتـزم ويكـون رجوعه على النحو الآتي:

1) للكفيل أن يرجع على المدين بقدر نصيبه فقط بواسطة الـدعوى الشخـصية أو دعوى الحلول.
2) للكفيل الرجوع على المدين إذا أوفى ما يجاوز نصيبه بواسطة دعوى الإثراء بلا سبب فقط طبقاً للقواعد العامة.
3) للكفيل الرجوع على الكفلاء الآخرين بقدر ما أوفى من نصيب كل منهم بواسطة دعوى الإثراء بلا سبب فقط فإن رجع على أحدهم فوجده معسراً تحمل الكفيـل الموفي لوحده تبعية هذا الإعسار[3]. وبناء عليه فإن الكفيل لا يستطيع الرجـوع على الكفلاء في الحالة الأخيرة بواسطة الدعوى الشخصية كونها مقررة بـشأن رجوع الكفيل على المدين فقط، ولا يستطيع كذلك الرجوع عليهم بواسطة دعوى الحلول لأن الكفيل غير ملزم أو مأمور بالوفاء عن غيره من الكفلاء، وأضـيف إلى ذلك لأن الكفيل لا يعد كفيلاً للآخرين، حتى يعود عليهم بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، فكل ما له في هذه الحالة أن يعود عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب، ويقدر هذا الرجوع بقدر نصيب كل كفيل من الدين، إذ في هـذا القـدر يتحدد إثراء كل كفيل منهم والذي يتحمل نصيب الكفيل المعسر هو الكفيل الذي قام بوفاء الدين.

فمن خلال دراسة علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء الغير متضامنين نستنتج ما يلي:

إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وكانوا غير متضامنين ينقسم الدين فيمـا بيـنهم وبالتالي لا يجوز للدائن أن يطالب أحد منهم إلا بقدر حـصته، وللكفيـل المـوفي الرجوع على المدين بواسطة الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

---

(1) هذا ما نصت عليه المادة 974 من القانون المدني الأردني وتقابلها المادة 647 من مجلة الأحكام العدلية وهو ما أشار إليه د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص193، و د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص347.

(2) د. السنهوري ـــ عبد الرزاق ، ج10، ص201.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 56/58 المنشور على الصفحة رقم 331 من مجلة المحامين الأردنية لسنة 1957م.

تبرأ ذمة كل من الكفلاء غير المتضامنين، إذا أدى كل كفيل نصيبه من الدين ولا رجوع له بعد ذلك على غيره من الكفلاء الآخرين.

للكفيل الرجوع على الكفلاء الآخرين كل منهم بحدود حصته، إذا أدى كل الدين بواسطة دعوى الإثراء بلا سبب فقط، طبقاً للقواعد العامة ويتحمل تبعية المعسر منهم. وله كذلك الرجوع على المدين بهذه الدعوى بكل الدين إذا أدى كل الدين.

لا يجوز للكفيل الموفي الرجوع على غيره من الكفلاء بالدعوى الشخصية، وينحصر حق الكفيل في الرجوع على الكفلاء الآخرين، إما بدعوى الحلول محل الدائن أو بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة.

الحالة الثانية: رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء المتضامنين:

إن مضمون هذه الحالة أن يكون كل واحد من الكفلاء ملتزم بكل الدين. وهذا يقتضي منا دراسة تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ويكونوا متضامنين وكذلك التزام الكفلاء بعقود متوالية ولم يحتفظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم، فيكون كل واحد منهم مسؤولا عن الدين كله.

بالنسبة لتعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم فلا ينقسم الدين عليهم، فإذا أوفى أحد الكفلاء الدين، كان له الرجوع على أي كفيل آخر، بدعوى الإثراء بلا سبب، طبقاً للقواعد العامة، أو بدعوى الحلول.

فإذا رجع الكفيل الموفي على الكفلاء الباقين بدعوى الإثراء بلا سبب، فهو يرجع بأقل القيمتين، قيمة افتقاره أو قيمة ما أثري به من يرجع عليه، وإذا رجع الكفيل الموفى بدعوى الحلول محل الدائن، فهو لا يرجع بكل الدين، لأن دعوى الحلول تخول صاحبها الحق في الحلول محل من أوفى له وبالتالي فإن قيام الكفيل بالوفاء للدائن تجعله يحل ويستطيع أن يطالب بكل الدين وبالتالي فمن أوفى له من الكفلاء سيرجع على غيره من الكفلاء بكل الدين أيضا وهكذا ومع هذه النتيجة فإننا سوف نصبح ندور في حلقة مفرغة[1].

وفي حقيقة الأمر فإن الكفلاء المتضامنين متساوون في المسؤولية في مواجهة الدائن، أما بالنسبة للعلاقة فيما بينهم فإن الكفيل الذي يوفي بالدين كله ليس له أن يرجع على غيره من الكفلاء المتضامنين معه بكل الدين إنما فقط بحصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم إن

(1) د. مرقس – سليمان ، مرجع سابق، ص120.

كان هناك معسر وهذا ما يقضي به منطق التضامن وكذلك ما نصت عليه غالبية التشريعات المدنية العربية[1].

أما إذا التزم الكفلاء بعقود متوالية ولم يحتفظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم، في هذه الحالة يكون كل واحد منهم مسؤولا عن الدين كله. وعليه فإذا أوفى أحدهم بالدين كله كان له أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الإثراء بلا سبب، ورجوعه يكون بقدر ما أثرى، أي بقدر ما برئت به ذمته في مواجهة الدائن، وهذا القدر يكون حصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم، وللكفيل الموفي أن يرجع كذلك بدعوى الحلو وذلك بنفس القدر شأنه في ذلك شأن الكفيل المتضامن[2].

بالنسبة لشروط رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء بدعوى الإثراء بلا سبب او بدعوى الحلول، أن يكون قد وفى الدين كله للدائن عند حلول الأجل، حيث يكون له الرجوع على غيره من الكفلاء كل بنسبة حصته في الدين، وعليه فإذا لم يف إلا بحصته لم يكن له أن يرجع على الباقين بشيء.

ويشرط كذلك لرجوع الكفيل على غيره من الكفلاء أن يكون وفاء الكفيل مبرئا لذمة باقي الكفلاء تجاه الدائن وأن يكون هذا الوفاء صحيحا. وعليه فإذا كان وفاء الكفيل باطلاً او كان قبل حلول الأجل، فلا يجوز للكفيل الرجوع على غيره من الكفلاء إلا عند حلول الأجل إذا لم يكن الوفاء باطلا.

فمن خلال ما تقدم يتضح للطالب بأن مقدار ما يرجع به الكفيل على غيره من الكفلاء في حالة أن قام بالوفاء بالدين يكون بقدر حصة الكفيل الذي يرجع عليه وبنصيبه في حصة المعسر من الكفلاء أيضا وهذا المقدار لا يختلف سواء أرجع الكفيل بواسطة دعوى الإثراء بلا سبب أم بواسطة دعوى الحلول.

وهنا قد يعرض تساؤل هل يمكن للكفيل العيني الرجوع على الكفلاء الآخرين سواء أكانوا كفلاء شخصيين أم عينيين؟

---

(1) نص المادة 796 من القانون المدني المصري والمادة 1082 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة 762 من القانون المدني السوري والمادة 975 من القانون المدني الأردني والمادة 768 مدني كويتي والمادة 1032 مدني عراقي والمادة 1507 مدني تونسي والمادة 678 مدني سوداني. وكذلك نصت المادة 1075 من قانون الموجبات والعقود على أنه ((... لا تضامن بين الكفلاء إلا إذا نص عليه او إذا كان كل منهم قد عقد الكفالة على حده للدين بكامله، او عندما تعد الكفالة عملا تجاريا من الكفلاء)).

(2) د. عبد الباقي – عبد الفتاح، مرجع سابق، ص204، ود. فرج – توفيق حسن، مرجع سابق، ص87.

ويجاب على ذلك بأن الكفيل العيني كالكفيل الشخصي، فيعد كفيلاً وليس مديناً أصلياً، وعلى ذلك تنطبق عليه أحكام الرجوع، بحيث إذا وفى الدين، كان له أن يرجع على الآخرين، سواء كانوا كفلاء عينيين أم شخصيين، كل بقدر حصته في الدين.

كما أن للكفيل الشخصي أن يرجع عليه، بقدر حصته في الدين، أما بالنسبة لتحديد هذه الحصة فيجب النظر على قيمة المال الذي قدمه الكفيل العيني لضمان الدين، وعليه فإذا كانت القيمة متساوية للدين، او تزيد عنه، يكون مسؤولا عن الدين كله، أما إذا كانت قيمة المال المقدم تساوي نصف الدين او ثلثه مثلا، فيكون مسؤولا عن نصف الدين او ثلثه وهكذا.... أي أنه لا يسأل عن الدين إلا بما يعادل قيمة المال الذي رهنه ضمانا للدين.

هذه هي أحكام الرجوع، سواء بالنسبة لعلاقة الدائن بالمدين او الكفيل، او االكفلاء عند تعددهم، او بالنسبة لرجوع الكفيل على المدين بما وفاه، او رجوعه على الكفلاء للدين عند تعددهم، متضامنين او غير متضامنين. وهذه الأحكام تنطوي تحت آثار عقد الكفالة، سواء تلك الآثار التي ترجع على ذاتية هذا العقد، أو تثار بمناسبة تنفيذه. وبعد أن انتهينا من دراسة آثار الكفالة في التشريع الوضعي، فلا بد للطالب أن نبحث آثار الكفالة في الفقه الإسلامي في مبحث مستقل ثم نقارن بينهما في مطلب مستقل ضمن المبحث الثاني.

المبحث الثاني

آثار الكفالة في الفقه الإسلامي

سنتناول في هذا المبحث آثار الكفالة في الفقه الإسلامي من حيث العلاقة الناشــئة بــين الكفيل والدائن، وبين الكفيل والمدين، وبين الكفيل والكفلاء المتعددين في ثلاثة مطالب، ومن ثــم المقارنة بين آثار الكفالة في التشريع الوضعي وآثارها في الفقه الإسلامي ضمن المطلب الرابع.

المطلب الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والدائن

أولاً: حقوق والتزامات الدائن:

بناء على ما تقدم ذكره فإنه لا بد أن تنشأ علاقة بين الدائن والكفيل، وهي مطالبة الدائن للكفيل بما التزم به من حق، وكذلك إلزام الكفيل بالوفاء عند حلول الأجل، فيتفق الفقهاء على ثبوت حق المكفول له في مطالبة الكفيل بالدين؛ وذلك لاتحاد ذمته مع ذمة الأصيل بفعل الكفالة .

أما بالنسبة إلى حق الدائن في مطالبة المدين أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معاً، فالفقهاء يختلفون في حق مطالبة الدائن للمدين، فمن اعتبر ذمة المدين مشغولة بالحق المكفول به جعل للدائن الحق في مطالبة من شاء من الكفيل أو المدين، وأما من اعتبر أن الحق قد انتقل إلى ذمة الكفيل بفعل الكفالة لم يثبت للدائن الحق في مطالبة المدين وقصر حق المطالبة على الكفيل.

وعليه يمكننا عرض أقوال فقهاء المذاهب الإسلامية على النحو التالي:

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة[1] أن من حق الدائن أن يطالب إن شاء المدين أو الكفيل، وهذا في كفالة المال، كما جاء في بدائع الصنائع[2]: ((وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر، بل يملك مطالبته لأن الكفالة تنبني على الضم، وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين)). وقال الشربيني الخطيب في الإقناع[3]: ((ولصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه بأن يطالبهما جميعا أو يطالب أيهما شاء بالجميع أو يطالب أحدهما ببعض)).

وعليه فإن الكفالة ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة، كما أن الكفالة لا تبرئ المدين إلا إذا شرط فيها الإبراء، ولأن الحق ثابت في ذمة المدين والكفيل. وعلى ذلك يكون للدائن أن يطالب الكفيل أو يطالب المدين أو يطالبهما معا.

بالنسبة لتأجيل الدين الحال في حق المدين فإن الفقهاء قد اتفقوا على أنه يتأجل في حق الكفيل، وذلك لأن الفرع يتبع الأصل، والتزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل[4].

---

(1) المغني، لابن قدامة، مصدر سابق، 605/4.

(2) بدائع الصنائع، للكاساني، مصدر، 3423/7.

(3)الشربيني، **الإقناع** ، مصدر سابق، 289/1.

(4) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، 5 / 317. علي حيدر، درر الحكام، 3 / 690. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3 / 340. ابن جزي، القوانين الفقهية، 279. الشربيني، مغني المحتاج، 2 / 208. ابن قدامة، المغني، 4/ 388.

وأما بالنسبة لتأجيل الحال الدين في حق الكفيل فقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن تأجيل الدين في حق الكفيل لا يعتبر تأجيلاً في حق المدين[1]، لأن الأصل لا يتبع الفرع، وخالفهم في ذلك المالكية، فقالوا بأن تأجيل الدين في حق الكفيل يعتبر تأجيلاً في المدين[2].

واختلف الفقهاء فيما إذا أفلس المدين فذهب الحنفية والشافعية في المشهور عندهم والحنابلة في رواية إلى أن الدين المؤجل لا يحل بإفلاس المدين[3]، وخالفهم في ذلك المالكية والشافعية في رواية والحنابلة في رواية إلى أن الدين يحل بإفلاس المدين، ويسقط الأجل[4].

وأما بالنسبة لإفلاس الدائن فإنهم قد اتفقوا على أن آجال ديونه باقية على مدينيه حتى موعد آجالها، لأن الأجل حق لهم وذممهم مازالت باقية وصالحة للإلزام والالتزام[5].

وأما إذا كان الدين مؤجلاً إلى أجل معين ومات الكفيل والمدين فيتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية، والظاهرية أن من حق الدائن أن يطالب ورثة من مات منهما قبل حلول الأجل، حث أنه بوفاة أي منهما يسقط الأجل في حق من مات منهما ويصبح الدين حالاً ومتعلقا بالتركة[6].

وأما بالنسبة لكفالة النفس فقد اتفق الحنفية، والشافعية[7]، والحنابلة[8]، والإمامية[9]على أن من حق الدائن أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه وإلا غرم ما عليه، فقد جاء في حاشية ابن عابدين[10]: ((وإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه، فإن أحضره وإلا حبسه

---

(1) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، 5 / 317. الشربيني، مغني المحتاج، 2 / 208. ابن قدامة، المغني، 388/4.

(2) ابن جزي، القوانين الفقهية، 279. الحطاب، مواهب الجليل، 51/7. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 340/3.

(3) الشربيني، محمد الشربيني الخطيب ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، مطبعة الحلبي بمصر، طبع سنة 1377هـ ـ1958م، 147/2. النووي، روضة الطالبين، 364/3. ابن قدامة، المغني 4 / 310.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3 / 337. الحطاب، مواهب الجليل، 7 / 43 . الصاوي، بلغة السالك، 3 / 280. النووي، روضة الطالبين، 3 / 364. ابن قدامة، المغني 4 / 310.

(5) الموصلي، الاختيار، 2 / 99. النووي، روضة الطالبين، 3 / 364. ابن قدامة، المغني، 4 / 310.

(6) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، 5 / 319. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3 / 337. الشربيني، مغني المحتاج، 2 / 208. ابن قدامة، المغني، 4 / 389.

(7) البكري، **إعانة الطالبين**، مصدر سابق، 78/3. وتكملة المجموع، للمطيعي 48/14.

(8) المبدع في شرح المقنع، لابن مفلح 265/4.

(9) العاملي، الروضة البهية، 4 / 152 ـ 153.

(10) حاشية رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين 290/5.

الحاكم، فإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب لأنه عاجز إن ثبت ذلك بتصديق الطالب أو ببينة أقامها الكفيل)).

وعلى هذا فإن للدائن أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائبا وإن كان غائبا حدد له مدة يمكنه إحضاره فيها، فإن لم يحضره في المدة ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له. إلا أن الحنابلة والإمامية يلزمون الكفيل بأداء ما على المدين من مال إن عجز عن إحضاره، ويوافقهم المالكية على ذلك[1]، وهذا بخلاف الحنفية والشافعية فإن الكفيل إن عجز عن إحضار المكفول بنفسه فلا يلزمه ما عليه من مال إن لم يفرط أو يقصر فإن فرط أو قصر فإن للحاكم حبسه حتى يتبين عجزه عن إحضاره.

وأما المالكية فيرون أن الدائن لا يطالب الكفيل بحضور المدين وملائه وهذا في كفالة المال. فيخالفون بذلك ما ذهب إليه الجمهور من تخير الدائن في مطالبة أيا من المدين أو الكفيل دون تفريق بين حضور المدين وملائه أو غيابه على الرأي الراجح عند المالكية[2].

وأما في ضمان الوجه عند المالكية فإن الكفيل يكون ملزما بإحضار المدين للدائن فإن أحضره توجهت المطالبة إلى المدين دون الكفيل وإلا غرم إذا بعدت غيبة المدين[3].

وفي ضمان الطلب فالكفيل ملزم بطلب المكفول بما يقوى عليه عادة إن غاب وعلم موضعه، فإن غاب ولم يعلم موضعه فلا غرم عليه إلا إذا فرط في الطلب، فإن أحضره فإن المطالبة تتوجه إلى المكفول وحده دون الكفيل[4].

وأما بالنسبة للظاهرية والذين لم يأخذوا بالكفالة بالنفس، فيرون أن المطالبة في كفالة المال تتوجه إلى الكفيل فقط، ولا يجوز مطالبة المدين؛ لأنه في حال الكفالة فإن الدين ينتقل من المدين إلى الكفيل وكذلك الإمامية في الكفالة بالمال[5].

ويرى المالكية والشافعية أن من حق الدائن أن يطالب ورثة الكفيل إذا مات قبل حلول الأجل؛ لأن الكفالة تحل بالموت ثم يرجع ورثة الكفيل بما أعطوه على المدين بعد حلول الأجل[6].

ومن خلال ما تقدم يتضح ما يلي:

---

(1) حاشية الدسوقي، 337/3.

(2) حاشية الدسوقي، 337/3.

(3) الشرح الصغير، للدردير 450/3 وبلغة السالك، للصاوي 164/2.

(4) الخرشي على مختصر خليل 36/6.

(5) ابن حزم، المحلي، مصدر سابق، 111/5. الهذلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، 2 / 88. العاملي، الروضة البهية، مصدر سابق4 / 119.

(6)الخرشي على مختصر خليل 28/6. شرح البهجة، لزكريا الأنصاري 161/3.

أولا: فيما يتعلق بكفالة المال:

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل.

يرى المالكية في الصحيح عندهم أن الدائن يطالب المدين ولا يجوز له أن يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين.

ويرى الظاهرية والإمامية أن الدائن لا يجوز له مطالبة المدين مطلقا وإنما تجب المطالبة على الكفيل وحده، لأن الدين بالكفالة قد انتقل من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل.

اتفق الفقهاء على أنه إذا أجل الدين الحال في حق المدين فإن يتأجل في حق الكفيل.

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن تأجيل الدين في حق الكفيل لا يعتبر تأجيلا في حق المدين، وخالفهم في ذلك المالكية.

يتفق الحنفية والشافعية في المشهور عندهم والحنابلة في رواية إلى أن الدين المؤجل لا يحل بإفلاس المدين. وخالفهم في ذلك المالكية والشافعية في رواية والحنابلة في رواية إلى أن الدين يحل بإفلاس المدين.

اتفق الفقهاء على أن إفلاس الدائن لا يؤثر على آجال ديونه المؤجلة على مدينيه.

يتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية، والظاهرية أن في حالة موت الكفيل والمدين فإن من حق الدائن أن يطالب ورثة من مات منهما قبل حلول الأجل، حث أنه بوفاة أي منهما يسقط الأجل.

ثانيا: فيما يتعلق بكفالة النفس.

فإن للدائن أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه فإن لم يحضره بعد البحث عنه فقد اختلف الفقهاء فيما يترتب على ذلك:

فيرى الحنفية والشافعية أن الكفيل في كفالة النفس لا يلزمه إلا إحضار المكفول بنفسه ويلزم بالبحث عنه وإحضاره، فإن لم يتيسر إحضاره فلا يلزم الكفيل شيء ما لم يفرط او يقصر، فإن فرط او قصر فإن للحاكم أن يحبسه حتى يتبين عجزه عن إحضاره.

ويرى المالكية والحنابلة والإمامية أن الكفيل إذا لم يحضر المكفول بنفسه فإنه يلزمه ما عليه من مال.

ثانيا: حقوق التزامات والكفيل.

تكلمنا عن حقوق والتزامات الدائن تجاه الكفيل ، فلا بد للطالب أن نتكلم بعد ذلك عن وقت مطالبة الدائن للكفيل ، فالمطالبة تختلف حسب طبيعة التزام الكفيل، فالكفالة قد تكون

مشروطة، وقد تكون معلقة على شرط، وقد تكون مؤجلة، وقد تكون مؤقتة. ولا بد أن يراعى التزام الكفيل فلا يطالب إلا حسب التزامه، لأن الكفيل تبع للأصيل فيثبت عليه ما على الأصيل، وبناء عليه فإن حق الكفيل يكمن في ألا يطالبه الدائن إلا عند حلول الأجل، و يقابله هذا الحق التزام الكفيل بالوفاء للدائن عند حلول الأجل، وسنذكر ذلك عند المذاهب الفقهية:

أولا: في حالة تأجيل الكفالة الحالة:

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن من حق الكفيل ألا يطالبه الدائن بالمكفول به إذا كانت الكفالة حالة وكفل الكفيل ذلك مؤجلا إلا عند حلول الأجل المحدد(1).

ويرى المالكية أن من حق الكفيل إلا يطالبه الدائن إلا بعد الرجوع على المدين على المشهور عندهم، وعلى هذا فلا يملك الدائن مطالبة الكفيل إلا إذا كان المدين معسرا أو غائبا أو مماطلا.

وأما في حالة تأجيل الكفالة إذا كانت حالة على المدين فإنهم يشترطون لذلك شروطا قد أوردناها عند ذكر مذهبهم في تأجيل الكفالة في الدين الحال(2).

ثانيا: في حالة تعجيل الكفالة:

يرى الحنفية(3) والمالكية(4) والشافعية(5) وفي وجه عند الحنابلة: أن من حق الكفيل في الكفالة المعجلة إذا كانت مؤجلة على المدين أن يطالب حالا، ويشترط المالكية لذلك أن يكون المكفول به مما يجوز تعجيله. وأما على الصحيح عند الحنابلة أنه إذا كفل المؤجل حالا لا يصير حالا ولا يملك الدائن المطالبة إلا بحلول الأجل على الأصيل(6).

وهذا هو رأي المالكية في حالة كون المكفول به مما لا يجوز تعجيله لما يخشى من كونه من باب الربا(7).

---

(1) حاشية رد المختار على الدر المختار، لإبن عابدين 289/5. شرح البهجة، لزكريا الأنصاري 151/3. المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين بن مفلح 261/4.

(2) الخرشي على مختصر خليل 28/6.

(3) حاشية رد المختار على الدر المختار، لإبن عابدين 289/5.

(4) شرح الخرشي على مختصر خليل 6 / 23.

(5) شرح البهجة، لزكريا الأنصاري 151/3.

(6) المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين بن مفلح 261/4.

(7) شرح الخرشي على مختصر خليل 6 / 23.

ثالثا: في حالة توقيت الكفالة:

يرى الحنفية[1] وهو رواية عند الحنابلة[2] أن من حقوق الكفيل أن الدائن يملك مطالبته حال انعقاد الكفالة المؤقتة وخلال المدة وأما بعدها فلا يملك مطالبته. وذلك بناء على قولهم بصحة توقيت الكفالة.

رابعا: في حالة إضافة الكفالة:

يرى الحنفية والمالكية والحنابلة أن من حق الكفيل أن لا يطالبه الدائن في الكفالة المضافة إلا بعد تحقق ما أضيفت إليه[3]. بينما يرى الشافعية أنه لا يصح إضافتها وإنما يصح تنجيزها وتأخير المطالبة[4].

خامسا: وفي حالة تعليق الكفالة:

يرى الحنفية والحنابلة صحة تعليق الكفالة. وعلى هذا فإن من حق الكفيل على الدائن أن لا يطالبه إلا بعد تحقق ما علقت عليه، بينما يرى الشافعية عدم صحة التعليق للكفالة[5].

سادسا: وفي حالة اقتران الكفالة بالشروط:

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة[6] أن من حق الكفيل ألا يطالبه الدائن بالكفالة المشروطة إلا إذا تحققت الشروط، على خلاف بينهم فيما يعتبر شرطا صحيحا وغير صحيح.

ويرى الشافعية أنه في حالة ضمان ما لم يجب فإن المطالبة تتوجه إلى الكفيل بعد الثبوت لا بالعقد[7].

وفي كفالة البدن يرى الشافعية أنه إذا كانت الكفالة قد حصلت بإذن المكفول وطالب المكفول له الكفيل بإحضار المكفول فإن من حق الكفيل على المدين أن يحضر وبه يقول الحنابلة[8].

نستنتج مما سبق أن حقوق والتزامات الكفيل تجاه الدائن هي :

---

(1) حاشية رد المختار على الدر المختار، لابن عابدين 289/5.

(2) كشاف القناع، للبهوتي 377/3.

(3) حاشية رد المختار على الدر المختار، لابن عابدين 289/5. شرح الخرشي على مختصر خليل 25/6. مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، للسيوطي 316/3.

(4) نهاية المحتاج، للرملي 449/4.

(5) حاشية رد المختار على الدر المختار، لابن عابدين 289/5.

(6) حاشية رد المختار على الدر المختار، لابن عابدين 289/5. الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، 2 / 280. ابن قدامة، المغني، 4 / 395.

(7) شرح البهجة، لزكريا الأنصاري 154/3.

(8) شرح البهجة، لزكريا الأنصاري 162/3. المبدع في شرح المقنع 258/4 لابن مفلح.

حق الكفيل في ألا يطالبه الدائن إلا عند حلول الأجل .

التزام الكفيل بالوفاء للدائن عند حلول الأجل .

في الكفالة الحالة: من حق الكفيل أن لا يطالبه الدائن إلا عند حلول الأجل

في الكفالة المعجلة إذا كانت مؤجلة على المدين: من حق الكفيل أن لا يطالبه الدائن حالا

في الكفالة المؤقتة: من حق الكفيل أن لا يطالبه الدائن بعد انعقادها .

في الكفالة المضافة: من حق الكفيل أن لا يطالبه الدائن إلا بعد تحقق ما أضيفت إليه .

في الكفالة المعلقة: من حق الكفيل أن لا يطالبه الدائن إلا بعد تحقق ما علقت عليه .

في الكفالة المقترنة بشرط: من حق الكفيل أن لا يطالبه الدائن إلا بعد تحقق الشرط.

المطلب الثاني

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين

تكلمنا في المطلب الأول عن العلاقة فيما بين الكفيل والدائن وما يترتب على ذلك من الأحكام، من المعلوم أن الهدف من الكفالة هو توثيق الحق وذلك بثبوت حق مطالبة المدين والكفيل بما ثبت في ذمة المدين، وبذلك تنشأ جملة من العلاقات بين الكفيل والمدين.ونتكلم هنا في العلاقة فيما بين الكفيل والمدين .

فباستقراء المذاهب الفقهية نجد بأن الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يرون أن من حق المدين ألا يرجع عليه الكفيل إلا إذا أدى عن المدين بأمره بنية الرجوع عليه فإنه يملك الرجوع عليه بشروط أوردها كل منهم وهذا باتفاق المذاهب الفقهية[1] ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية، حيث قالوا إن الكفيل لا يرجع على المدين مطلقا، وذلك عندهم مبني على أن الكفالة تنقل الدين من المدين إلى الكفيل[2].

(1) حاشية رد المحتار، لابن عابدين 314/5 والبحر الرائق، لابن نجيم 243/6. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر/ عبد الله داماد أفندي 133/2. بلغة السالك، للصاوي 156/2. إعانة الطالبين، لأبي بكر البكري 80/3. المغني، لابن قدامة 607/4.

(2) المحلى، لابن حزم 116/5.

وأما إذا أدى الكفيل المكفول به من غير أذن المدين في الكفالة ولا في الأداء فإن الفقهاء من الحنفية[1] وبعض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة يتفقون على أن من حق المدين إلا يرجع عليه الكفيل بشيء لأنه متبرع بذلك[2].

ويرى بعض المالكية وبعض الحنابلة أنه يرجع الكفيل على المدين ولو لم يكن بإذنه لعدم اشتراط إذنه عندهم مطلقا[3].

يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن من حق المدين ألا يرجع عليه الكفيل إلاّ بعد أن يؤدي المكفول به[4].

يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن من حق المدين إلا يطالبه الكفيل بتخليصه من الدين في حالة مطالبة الدائن للكفيل إذا لم تكن الكفالة بإذنه[5]. وفي رأي عند الشافعية والحنابلة أن الكفيل يملك مطالبة المدين ولو لم يطالبه الدائن[6].

وفي كفالة البدن يرى الشافعية أن من حق المكفول إذا كانت الكفالة قد حصلت بإذنه وطالب المكفول له الكفيل بإحضار المكفول وجب على الكفيل أن يحضره. وبه يقول الحنابلة[7].

وأما بالنسبة لما يرجع به الكفيل على المدين:

فيرى الحنفية والمالكية أن الكفيل إذا أدى عن المكفول عنه ما كفله به فإنه يرجع إلى المدين بما أداه عنه سواء كان مثليا أو منقولا، وهو مقتضى مذهب الشافعية والحنابلة فيكون هذا متفقاً عليه بين الفقهاء[8].

أما إذا أدى خلاف ما كفله بأن كان الدين جيداً فأدى أقل منه أو أدى أفضل منه فإنه يختلف الحكم في ذلك تبعاً للمذاهب الفقهية.

---

(1) حاشية رد المحتار، لابن عابدين 314/5 والبحر الرائق، لابن نجيم 243/6.

(2) **حاشية الدسوقي** 334/3. **إعانة الطالبين**، لأبي بكر البكري 80/3. **المغني**، لابن قدامة 607/4.

(3) **بلغة السالك**، للصاوي 156/2. **المغني**، لابن قدامة 607/4.

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، 6 / 13. ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**، 5 / 315. الموصلي، **الاختيار**، 2 / 169. الغنيمي، اللباب، 2 / 80. النووي، روضة الطالبين، 3 / 499. ابن قدامة، المغني، 4 / 391.

(5) **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**/ عبد الله داماد أفندي 133/2. **حاشية الدسوقي** 334/3. **إعانة الطالبين**، لأبي بكر البكري 80/3.

(6) **إعانة الطالبين**، لأبي بكر البكري 80/3. **المغني**، لابن قدامة 607/4.

(7) **شرح البهجة**، لزكريا الأنصاري 162/3. **المبدع في شرح المقنع** 258/4 لابن مفلح.

(8) **مجمع الأنهر**، لعبد الله داماد أفندي 133/2. **بلغة السالك**، للصاوي 157/2. **شرح البهجة**. لزكريا الانصاري 163/3 **وتكملة المجموع**، للمطيعي 49/14. **المغني** لابن قدامة 609/4 **ومطالب أولى النهى**، لمصطفى السيوطي 3 / 309.

أ. يرى الشافعية والحنابلة أن الكفيل يرجع على المدين بالأقل مما قضى أو قدر الدين، لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكون واجباً وإنما هو متبرع بأدائه وإن كان المقضي أقل فإنما يرجع بما غرم(1).

ب. ويرى الحنفية أنه يرجع على المدين بما كفله لا بما أدى، لن الكفيل ملك الدين الأداء فنزل منزلة الطالب فيستحق الرجوع بما كفل به ولو أختلف المؤدى جودة أو رداءه(2).

ج. يرى المالكية أنه يرجع بالأقل من الدين وقيمه المتقوم، وهذا يتفق من حيث النتيجة مع ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة، وذلك لأن الأقل هو ما بذله الكفيل للدائن فاستحق عوضه(3).

وأما بالنسبة للحنفية والمالكية فإن الكفيل يرجع على المدين بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به وهو المؤدى فعلاً، وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة. ويضيف المالكية أنه لا يجوز الصلح قبل الأجل بأدنى من المكفول به لأن المصالحة على هذه الحالة تكون من باب ضع وتعجل، وكذلك لا يجوز الصلح بأكثر أو أجود لأنه يكون سلفاً جر نفعاً وهو ممنوع(4).

ويرى الشافعية والحنابلة أن الكفيل لا يرجع على إذا أنكر رب الدين إلاّ إذا أشهد رجلين أو رجلا وامرأتين أو شاهداً ويمين أو حضر ذلك مكفول وثبت حضوره باعتراف أو بينة، لأنه لما كان الأصيل حاضراً كان الاحتياط بإيجاد البينة موكولاً اليه فإن تركه وهو حاضر فالتفريط منه لا من الكفيل(5).

أما إذا اعترف الدائن بالقضاء وأنكر المدين ذلك، فهل يرجع الكفيل على المدين ؟ فيه وجهان: عند الشافعية والحنابلة:

الأول: إنّ الكفيل له حق الرجوع على المدين ولا يلتفت إلى إنكاره لأن ما في ذمته حق المدين فإذا اعترف بالقبض من الكفيل فقد اعترف بأن الحق صار للكفيل فيقبل إقراره لكونه في حق نفسه.

---

(1) **شرح البهجة**. لزكريا الانصاري 163/3؛ **وتكملة المجموع**، للمطيعي 49/14. **المغني** لابن قدامة 609/4 **ومطالب أولى النهى**، لمصطفى السيوطي 3 / 309.

(2) **مجمع الأنهر**، لعبد الله داماد أفندي 133/2.

(3) **بلغة السالك**، للصاوي 157/2.

(4) **مجمع الأنهر**، لعبد الله داماد أفندي 133/2. **بلغة السالك**، للصاوي 157/2.

(5) **شرح البهجة**. لزكريا الانصاري 163/3 **وتكملة المجموع**، للمطيعي 49/14. **المغني** لابن قدامة 609/4 **ومطالب أولى النهى**، لمصطفى السيوطي 3 / 309.

الثاني: أنه لا يقبل اعتراف الدائن لأن الكفيل مدع لما يستحق به الرجوع على المـــدين، وقول الدائن شهادة له على فعل نفسه فلا يقبل[1].

ويتبين مما تقدم أن العلاقة بين الكفيل والمدين لا تقوم إلا إذا وفى الكفيل الدين للـــدائن ، وقد تنشأ علاقة ما بين الكفيل والمدينين عند تعددهم على اثر وفاء الكفيل الدين للـــدائن فيكـــون للكفيل حق الرجوع على باقي.

وعليه فإن شروط رجوع الكفيل على المدين هي:

1. أداء الكفيل الدين المكفول إلى الدائن.
2. أن تكون الكفالة قد تمت بأمر المدين عند الحنفية والشافعية والحنابلة، ولا يشترط ذلك عند المالكية والحنابلة في رواية أخرى.
3. أن يؤدي الكفيل الدين عند حلول الأجل، فإن أداه قبله فلا يملك الرجوع إلا عند حلول الأجل.

يشترط الحنفية أن يضيف المدين الكفالة إلى نفسه ليصح رجوع الكفيل عليه، أما الحنابلة فلا يشترطون إضافة الكفالة إلى المدين إن أذن بكفالته.

يتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على أنه لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين إلا بالأقل مما أدى أو قدر الدين.

(1) **شرح البهجة**. لزكريا الانصاري 163/3 **وتكملة المجموع**، للمطيعي 49/14. المغني لابـــن قدامـــة 609/4 **ومطالب أولى النهى**، لمصطفى السيوطي 3 / 309.

المطلب الثالث

العلاقة فيما بين الكفيل والكفلاء الآخرون

تكلمنا فيما سبق عن علاقة الكفيل بالدائن وعن وقت مطالبة الدائن للكفيل ونتكلم في هذا المطلب عن حالة تعدد الكفلاء بأن كانون أكثر من كفيل، فقد يكفل المدين أكثر من كفيل على سبيل التعاقب، وقد يكفل الكفلاء المدين في وقت واحد.

فأما بالنسبة لتعدد الكفلاء على التعاقب فيرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا تعدد الكفلاء على الترتيب بأن تعدد الكفلاء لدين واحد في أوقات متعددة بعقود مستقلة فإن للدائن حق مطالبتهم جميعاً بسداد الدين ويطالب كل واحد منهم بجميع الدين، فإذا قام أحدهم بقضاء الدين فقد برئت ذمة الجميع[1].

وأما بالنسبة لتعدد الكفلاء في وقت واحد، فقد يكون الكفلاء غير متضامنين، وقد يكونوا متضامنين.

الحالة الأولى: إذا كان الكفلاء غير متضامنين:

فيرى الحنفية والمالكية والحنابلة وهو قول جمع من متقدمي الشافعية[2] والظاهرية[3] أنه إذا تعدد الكفلاء ولم يكفل أحد منهم عن الآخر فإن الدائن يرجع على كل منهم بحصته فقسط، ولا يرجع أحد الكفلاء على الباقين بما أدى لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلا[4].

الحالة الثانية: إذا كان الكفلاء متضامنين:

فيرى الحنفية والمالكية والحنابلة وجمع من محققي الشافعية[5] أنه إذا تعدد الكفلاء وكفل كل واحد منهم عن الآخر بأمره وبكل الدين فإن كل واحد منهم يطالب بالدين جميعه فإذا أدى فإن له الرجوع على أصحابه بحصصهم أو على المدين، ويشترط الحنفية للرجوع أن تكون الكفالة بأمر من يرجع عليه[6].

---

(1) **بلغة السالك**، للصاوي، 161/2. **تكملة المجموع**، للمطيعي 28/14. **المبدع في شرح المقنع**، لابن مفلح 249/4.

(2) **إعانة الطالبين** 81/3 لمؤلفه سيد البكري.

(3) **المحلى**، لابن حزم 118/5.

(4) **بدائع الصنائع**، للكاساني 3422/7. **بلغة السالك**، للصاوي 160/2. **مطالب أولي النهى**، للسيوطي 22/3.

(5) **إعانة الطالبين** 81/3 لمؤلفه سيد البكري.

(6) **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**، لعبد الله داماد أفندي 143/2. **بلغة السالك**، للصاوي، 161/2. **مطالب أولي النهى**، للسيوطي 322/3.

ويرى الحنفية والمالكية أنه إذا تعدد الكفلاء وكفل كل منهما عن صاحبه فإنه لا يطالب كل منهم بجميع المال إذا لم تكن على التعاقب عند الحنفية وإذا أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه إلى مقدار حصته فإذا زاد عن حصته فتكون الزيادة من نصيب شريكه يرجع عليه فيها[1]. وهذا هو رأي المالكية في تلك الحالة إلا إذا غاب الباقون أو أعسروا أو ماتوا فإنه يؤخذ من وجد بجميع المال[2]، ويمنع الظاهرية أخذ المليء عن المعسر، والحاضر عن الغائب[3].

يرى الشيعة الزيدية بأنه يصح كفالة الجماعة عن الواحد، وكذلك تعدد الكفلاء على الترتيب. جاء في البحر الزخار[4] ((ولو كفل جماعة لواحد وكل منهم على الآخر صحت ويصح التكفيل على الكفيل ما تدارج)).

ومن خلال ما تقدم نجد بأن المالكية والشافعية والحنابلة يتفقون على أنه إذا تعدد الكفلاء على التوالي فإن الحق يتوجه إلى كل منهم فمتى أدى أحدهم الحق برئ الجميع.

الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية وجمع من متقدمي الشافعية يتفقون على أنه إذا تعدد الكفلاء ولم يكفل أحد منهم عن الآخر فإن الدائن يقسم الدين على الكفلاء بقدر حصة كل منهم.

الحنفية والمالكية والحنابلة وجمع من محققي الشافعية يتفقون على أنه إذا تعدد الكفلاء وكفل كل واحد منهم الآخر بأمره وبكل المال فإن كل واحد منهم يطالب بكل الدين.

الشيعة الزيدية يرون صحة كفالة الجماعة عن الواحد، وكذلك تعدد الكفلاء على الترتيب.

---

(1) **البحر الرائق**، لابن نجيم 262/6.

(2) **بلغة السالك**، للصاوي، 161/2.

(3) **المحلى**، لابن حزم 118/5.

(4) **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، لأحمد المرتضى 118/5.

المطلب الرابع

المقارنة بين آثار الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

نتناول في هذا المطلب الأخير من الفصل الرابع المقارنة بين آثار الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي على النحو التالي:

أولا: المقارنة بين علاقة الكفيل بالدائن في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

ثانيا: المقارنة بين علاقة الكفيل بالمدين في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

ثالثا: المقارنة بين علاقة الكفيل بالكفلاء المتعددين في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

أولاً: المقارنة بين علاقة الكفيل بالدائن في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

بعد دراسة علاقة الكفيل بالدائن في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي نجد بأن المقارنة ستكون حول علا من سيرجع الدائن أولاً على الكفيل أم على المدين، وكذلك حول وقت مطالبة الدائن للكفيل.

بالنسبة لحق الدائن في الرجوع:

1. يتفق التشريع الوضعي مع المذهب المالكي، على أن الدائن لا يجوز له أن يطالب الكفيل إذا كان المدين موسراً، وإنما يطالب المدين أولاً ولا يطالب الكفيل إلا إذا تعذرت مطالبة المدين، فإذا رجع الدائن على الكفيل أولاً كان لهذا الكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب الرجوع أولاً على المدين، وأوضح القانون شروط هذا الدفع بأن لا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولا قبل أن يرجع عليه وغيره من الشروط التي أوردوها، ويترتب على توفر الشروط وجوب رجوع الدائن على المدين أولا ليطالبه قضائياً بوفاء الدين.

2. اشترطت غالبية التشريعات الوضعية أن يكون في رجوع الدائن على المدين فائدة، أما إذا لم يكن فيه فائدة، كأن يكون المدين معسراً ولا يستطيع الوفاء بالدين، فلا يشترط الرجوع عليه أولا، وهذا هو معنى تعذر مطالبة المدين عند المالكية.

3. أما جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، فإنهم لا يشترطون مطالبة المدين أولا، ويرون أنه يجوز للدائن مطالبة المدين أو الكفيل، أي أن للدائن الخيار إن شاء طالب أحدهما أو طالبهم جميعاً.

4. وأما بالنسبة للظاهرية فيرون أن المطالبة في كفالة المال تتوجه إلى الكفيل فقط، ولا يجوز مطالبة المدين؛ لأنه في حال الكفالة فإن الدين ينتقل من المدين إلى الكفيل وكذلك الإمامية في الكفالة بالمال.

بالنسبة لوقت مطالبة الدائن للكفيل:

1. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي على أن الدائن لا يطالب الكفيل إلا عند حلول أجل الدين، وعليه فإذا اتفق على أن يكون أجل التزام الكفيل بعد أجل التزام المدين، فلا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الخاص بالتزامه هو حتى وإن حل أجل التزام المدين.

2. يتفق التشريع الوضعي مع المذهب الحنبلي على عدم جواز أن يكون أجل التزام الكفيل قبل أجل التزام المدين؛ لأن الكفالة تكون والحالة هذه قد انعقدت بشروط أشد من التزام المدين وهذا غير جائز في القانون والذهب الحنبلي، بل يمتد

الأجل بالنسبة للكفيل إلى وقت حلول أجل التزام المدين، وعليه فلا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل إلا عند حلول هذا الأجل. أما إذا امتد الأجل للمدين بحكم القاضي أو بإرادة الدائن فإن الكفيل يستفيد من ذلك، ولا يجوز للدائن إجباره على الوفاء قبل حلول الأجل الجديد.

3. أما الحنفية والمالكية والشافعية، فهم يرون جواز تعجيل الكفالة المؤجلة في حق المدين لتكون حالة على الكفيل ويشترط المالكية لذلك أن يكون المكفول مما يجوز تعجيله.

4. يختلف التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي حول مسألة سقوط الأجل بالنسبة للكفيل إذا سقط في حق المدين. فإذا سقط الأجل بالنسبة للمدين فالرأي الغالب في التشريع الوضعي يرى أنه يسقط بالنسبة للكفيل كذلك، وهذا يختلف عما ذهب إليه الفقه الإسلامي حيث يرى أنه إذا سقط الأجل في حق المدين لأي سبب من الأسباب فإنه لا يسقط بالنسبة للكفيل لأنه حقه.

ثانياً: المقارنة بين علاقة الكفيل بالمدين في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

1. بالنسبة لعلاقة الكفيل بالمدين في التشريع الوضعي نجد بأنه يحق للكفيل الرجوع على المدين إذا قام بوفاء دين الدائن ورجوعه يكون من خلال الدعوى الشخصية ودعوى الحلول .

2. أما علاقة الكفيل بالمدين في الفقه الإسلامي فقد أختلف الفقه في أحقية الكفيل الذي قام بالوفاء بالرجوع على المدين إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : لا يعطي الحق للكفيل الذي قام بالوفاء إلى الدائن ، الرجوع على المدين الأصلي .

الرأي الثاني : لا يعطي الحق للكفيل الذي قام بالوفاء إلى الدائن ، الرجوع إلا إذا كانت الكفالة قد تمت بأمر المدين الأصلي .

الرأي الثالث : يعطي الحق للكفيل الذي قام بالوفاء إلى الدائن ، الرجوع على المدين الأصلي ،سواء كانت الكفالة قد تمت بأمر المدين الأصلي أو من غير أمره . وهذا الرأي هو الراجح الذي يتفق مع التشريع الوضعي .

في التشريع الوضعي نجد بأنه إذا قام الكفيل بالوفاء إلى الدائن، كان من حق الكفيل الرجوع على المدين. أما في الفقه الإسلامي نجد بأن الجمهور لا يجيزون للكفيل الرجوع على المدين إذا قام الكفيل بالوفاء إلى الدائن إلا إذا كانت الكفالة قد تمت بأمر من المدين، في حين

أن المالكية يرون أنه يحق للكفيل إذا قام بالأداء إلى الدائن الرجوع على المدين، ويستوفي في ذلك إن كانت الكفالة بأمر المدين أو غير أمره، إلا إذا كان الكفيل متبرعاً بهذا الأداء.

3. يتفق التشريع الوضعي مع قول جمهور الفقهاء بأن الدين لا ينتقل من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل، خلافاً للظاهرية الذين يرون أن الكفالة تؤدي إلى انتقال الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل . بحيث يترتب عليها براءة ذمة المدين.

4. لم يأخذ التشريع الوضعي برأي جمهور الفقه الإسلامي الذي يرى أن أثر الكفالة الرئيسي هو شغل ذمة الكفيل بالدين الشاغل لذمة المدين مع بقائه ذمة المدين مشغولة بالدين، فيكون كل منهما مطالباً بالدين .

ثالثاً: المقارنة بين علاقة الكفيل بالكفلاء المتعددين في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

تشتمل هذه الحالة على ثلاثة نقاط: الأولى: حالة تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد، والثانية: حالة تعدد الكفلاء المتضامنين، أما الحالة الثالثة: فهي تعدد الكفلاء على الترتيب.

1) تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً ملتزمين بكفالة الدين بعقد واحد.

يتفق التشريع الوضعي والفقه الإسلامي على انقسام الدين بين الكفلاء إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً ملتزمين بكفالة الدين بعقد واحد، فلا يطالب الدائن أي كفيل إلا بمقدار حصته فقط؛ لأن الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم.

2) تعدد الكفلاء المتضامنين.

يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي على أنه إذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين فإن للدائن مطالبة أي واحد منهم بكل الدين، ولا ينقسم عليهم الدين بالحصص، وبنفس الوقت للكفيل الذي أدى الدين الرجوع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم.

3) تعدد الكفلاء على الترتيب.

يتفق التشريع الوضعي وجمهور فقهاء المالكية على أنه لا يجوز الرجوع على كفيل الكفيل إذا تعدد الكفلاء على الترتيب بأن كفل واحد ثم آخر وهكذا إلا إذا رجع على الكفيل وتعذرت مطالبته. وأما إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل فيجوز رجوعه عليه ولو قبل رجوعه على الكفيل. وإذا أدى أحدهم الدين فإنه يبرأ الجميع بذلك، ويرجع كفيل الكفيل على الكفيل.

الباب الثاني

دفوع الكفالة في التشريع الوضعي

والفقه الإسلامي

تبين مما تقدم بأن عقد الكفالة قد أنشئ بمناسبة ضمان دين في ذمة آخر، وتبين لنا كذلك صفة التبعية لالتزام الكفيل للالتزام المكفول، الأمر الذي يمنح الكفيل الحق في أن يحتج بهذه التبعية ، وما ينتج عنها من دفوع يستطيع بموجبها أن يحدد نطاق التزامه في مواجهة الدائن، ودون أن يكون لهذا الأخير أن يحتج بأن هذه الدفوع تستند إلى التزام الغير ويقصد بذلك المدين ، وسبب ذلك أنّ إرادة طرفي العقد قد اتجهت إلى تحقيق التزام الكفيل بموجب الالتزام المكفول.

وتبين كذلك بأنّ علاقة الكفيل بالمدين تمنح الكفيل الحق في إثارة الدفوع التي للمدين في مواجهة الدائن ، سواء كانت هذه الدفوع تتعلق بالالتزام الأصلي للتملص من التزامه ، أو التخفيف منه، أو دفوعاً تتعلق بالتزامه المترتب بموجب عقد الكفالة ذاته.

فبعد أن استعرضنا القواعد التي تحكم انعقاد الكفالة، من حيث شروط انعقادها وصحتها وما يلحق بها من عيوب تؤثر على التزام الكفيل وتعرضنا لأحكام عقد الكفالة، فإننا سوف نتناول في هذا الباب دفوع الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي ، ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول:- دفوع الكفالة في التشريع الوضعي.

الفصل الثاني:-دفوع الكفالة في الفقه الإسلامي .

الفصل الأول

دفوع الكفالة في التشريع الوضعي

نتعرض في هذا الفصل من الباب الثاني إلى الأوجه التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بهـا في مواجهة الدائن عند مطالبته بالدين المكفول، مما يدل على أن المشرع العربي في كثير مـن التشريعات العربية الحديثة قد حصن الكفيل عند مطالبته من قبل الدائن وعند التنفيذ على أمواله، بما يكفل بعد ذلك إمكانية رجوعه على المدين. وبذلك فإننا سوف نعرض في هذا الفـصل لهـذه الدفوع في مبحثين اثنين نتناول في المبحث الأول دفوع الكفيل الشخصية ضمن ثلاثـة مطالـب ونتناول في المبحث الثاني الدفوع المستمدة من علاقة الكفيل بالمدين ضمن مطلبين مستقلين.

المبحث الأول

دفوع الكفيل الشخصية

مما لا شك فيه أن عقد الكفالة عقداً كغيره من العقود يحمل في طياته العديد من الدفوع ، منها ما يكون خاص بالكفيل شخصياً ، أي لا يستطيع غيره أن يستخدم هذه الدفوع ، ومنها ما يكون مستمد من علاقة الكفيل بالمدين ، فهذه الدفوع الأخيرة يستطيع المدين أن يدفع بها في مواجهة الدائن وللكفيل كذلك استعمالها كون التزامه التزام تابع لالتزام المدين ، حيث أن التزامه يتأثر بكل ما يتأثر به التزام المدين ، وبما أننا نتحدث عن دفوع الكفيل الشخصية فبعد أن استعرضنا التشريعات المدنية العربية بهذا الخصوص فقد وجدنا بأنها قد احتوت نصوصاً تعطي للكفيل الحق في أن يدفع مطالبة الدائن له بدفوع تكون له شخصيا ، بحيث لا يمارسها غيره ، على العكس من الدفوع التي يستمدها الكفيل من علاقته بالمدين ذلك انه يستطيع أن يمارسها هو والمدين أيضاً.

لذلك سوف نتعرض لهذه الدفوع الشخصية في هذا المبحث ضمن ثلاثة مطالب على النحو التالي :-

المطلب الأول:- الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين.

المطلب الثاني:- الدفع بالتجريد

المطلب الثالث:- الدفع بالتقسيم.

المطلب الأول

الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين

إن الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين، هو كما أشرنا من الدفوع الشخصية الخاصة بالكفيل الذي له ضوابطه وأحكامه الخاصة به، فالكفيل يستخدم هذا الدفع إذا بدأ الدائن بالرجوع عليه وحده، ورجوع الدائن لا يخلو من ثلاثة حالات هي:-

الحالة الأولى:- هي أن يبدأ الدائن بمطالبة المدين وحده، في هذه الحالة فإنه لا حاجة لاستخدام الدفع بعدم مطالبة المدين قبل الكفيل، وذلك لعدم تحقق المصلحة بالنسبة للكفيل، وكذلك لكون رجوع الدائن صحيحا وقانونياً.

الحالة الثانية:- وهي أن يبدأ الدائن بمطالبة المدين والكفيل معا وفي وقت واحد يطالبهما بوفاء الدين، وفي هذه الحالة فإنه لا محلا لدفع الكفيل بوجوب مطالبة المدين أولاً، لان الدائن طالب الكفيل والمدين في وقت واحد، فهو طالب المدين كونه المدين الأصلي وطالب الكفيل باعتباره كفيلا.

الحالة الثالثة:- وهي أن يبدأ الدائن بمطالبة الكفيل قبل المدين، في هذه الحالة للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له إذا قام الدائن بمطالبته مباشرة دون أن يكون قد طالب المدين وذلك بعدم مطالبة الدائن له قبل المدين. فهذه هي الحالة التي نحن بصدد دراستها. وهذا الدفع نصّت عليه غالبية التشريعات العربية المدنية الحديثة.

فقد نصّت الفقرة الأولى من المادة 788/ من القانون المدني المصري على انه:- ((لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين)) .

كما نصت المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه:- ((يحق للكفيل أن يطلب من الدائن في بدء المحاكمة وقبل كل دفع في الأساس أن يداعي أولا المدين الأصلي في أمواله المنقولة وغير المنقولة ......))[1] ، كذلك نصت المادة 1021 من القانون المدني العراقي على انه:- ((يفترض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين)).

أما بالنسبة لرأي المشرع الأردني والإماراتي في الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين، فهو يرى أنه يجوز للدائن أن يبتدئ بمطالبة المدين بالدين وحده ، أو يسبق ذلك بمطالبة الكفيل

---

(1) يقابل هذه النصوص المادة 754 من القانون المدني السوري والمادة 797 مدني ليبي والمادة 1498 مدني سوداني والمادة 760 مدني كويتي والمادة 690 مدني جزائري .

وحده، أو انه يطالبهما معا. فإذا قام الدائن بمطالبة الكفيل أولا، فان الكفيل في هذه الحالة وحسب هذه التشريعات لا يمكنه آن يدفع مطالبة الدائن له بمطالبة المدين أولا(1) .

وعليه فإن القانون المدني الأردني لم يأخذ بالحكم الغالب في القوانين الوضعية العربيـــة الذي ذهب إلى أن الكفيل إنما يلتزم بصفة احتياطية، لذلك لا يمكن أن يطالبه الدائن بالدين قبـــل المدين الأصلي به.

وفي اعتقادنا أن الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين الذي أخذت بـــه غالبيـــة القـــوانين الوضعية العربية هو دفع صحيح جائز ومن شأنه أن يجعل دعوى الدائن ضد الكفيل غير مقبول قضاءً وفقها ما لم يكن قد سبقها مطالبة شخصية قضائية للمدين أو على الأقل مطالبـــة المـــدين والكفيل معا في وقت واحد،فالدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين هو دفع شخصي وخاص بالكفيل فله أن يتنازل عن التمسك به ويقبل الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين.

بعد مناقشتنا لأحكام التشريعات المدنية العربية الأخرى في هذا الصدد نجد أن كلا منهـــا متسق مع الآخر، فالقانون المدني العراقي عرّف الكفالة في المادة 1008منه بأنها: ((ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)). فهذا يعني أن ذمة الكفيل تضم إلى ذمة المدين ولكن في حـــدود حق المطالبة، بمعنى أخر أنها تكون مشغولة معها في إمكانية المطالبة وليست مـــشغولة بالـــدين ذاته.

أما المشرع الأردني فعلى الرغم من أنه قد أخذ بنفس تعريف القانون المـــدني العراقـــي للكفالة الذي يدلنا على أن ذمة الكفيل مشغولة بالمطالبة لا بالدين ذاته، إلا أننا نجده في النهاية لم يذهب إلى ما ذهب إليه من تقرير عدم جواز مطالبة الكفيل قبل المدين الأصلي، فالقانون المدني الأردني اعتبر الكفيل في مقام المتضامن في الدين ذاته ، لا في المطالبة فقط،مما يدل على انـــه يمكن للدائن مطالبته قبل مطالبة المدين الأصلي.الأمر الذي يدعو للحاجة إلى الاتفاق على هـــذا التضامن لأن الكفالة أصلا في هذا القانون تجعل ذمة الكفيل مشغولة بالدين، وهذا مستفاد من آثار الكفالة في هذا القانون، إلا أن ذلك يناقض تعريف القانون المدني الأردني للكفالة بأنها :-(ضـــم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)).

أما المشرع اللبناني فقد أعطى في المادة 1072من قانون الموجبات والعقود اللبناني الحق للكفيل بطلب مقاضاة المدين الأصلي أولا، رغم أن الكفيل يتعهد تجاه الدائن مباشـــرة وشخصيا، إلا أنه لا يلتزم إلا احتياطا للمدين الأصلي، ولذلك فالكفيل لا يدفع إلا عند تـــأخر المدين . وبدراسة نص المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني نجدها قد أعطـــت

---

(1) هذا ما نصت عليه المادة "967 /' من القانون المدني الاردني ومن وكذلك هذا هو حكم المـــادة 644 مـــن مجلة الاحكام العربية والمادة 1078 من القانون الاماراتي.

الكفيل حقا وفي الوقت نفسه الوقت فرضت عليه التزاما كما فرضته على الدائن ، ويتمثل ذلك في النقاط التالية:-

أولا: أن المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني أعطت الكفيل في بدايتها الحق في مطالبة الدائن عند بدء المحاكمة وقبل أي دفاع في الأساس أن يطالب المدين الأصلي قبل مطالبته له في كافة أمواله المنقولة وغير المنقولة، فإذا رجع الدائن ابتداء على الكفيل قبل مطالبة المدين في هذه الحالة للكفيل إحالته على المدين الأصلي ، وذلك للتأكد من ملاءته إذا لم يكن قد تنازل عنه أو لم يكن كفيلا متضامنا أو مصدقا لكفيل أخر.(1)

ثانيا:- بموجب هذه المادة يلتزم الكفيل أن يدل الدائن على أموال المدين ويعينها له عند مطالبة الدائن له قبل مطالبة المدين، ولكن بشرط أن تكون هذه الأموال واقعة في نطاق محكمة الاستئناف اللبنانية، وأن لا تكون هذه الأموال موضوع نزاع أو رهنا وذلك لتسهيل أعمال التنفيذ عليها.

ثالثا:- نجد أن المادة 1072 (موجبات وعقود لبناني) قد فرضت على الدائن في ظل الظروف السابقة إلى القيام بالدعوى والمطالبة وكذلك إلقاء الحجز على أموال المدين لأنه يترتب على القيام بذلك مسؤولية الدائن تجاه الكفيل بمقدار الأموال التي دل عليها وعن عدم ملاءة المدين الأصلي نتيجة عدم الملاحقة.

ومن خلال ما تقدم فإن القانون اللبناني كان منطقيا مع نفسه في عدم إعطاء الدائن الحق في مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين في حالة عدم وفاء الأخير بدينه، والسبب في ذلك لأن الدين ترتب ابتداء في ذمة المدين فيجب الابتداء في مطالبته هو لا في مطالبة الكفيل.اعتبارا بحال الدائن المرتهن، الذي لا يجوز له الرهن إلا عند عدم وفاء المدين بدينه،كذلك الحال بالنسبة للكفالة فلا سبيل إلى الكفيل، كون حق الدائن قبله أخف من حقه على المال المرهون، إلا عند عدم وفاء المدين المكفول عنه.

خلاصة القول في هذا المجال أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل مطالبة المدين، إلا إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين، أي قبول الكفيل انشغال ذمته بالدين ذاته وليس بالمطالبة فقط، في هذه الحالة تصح مطالبته قبل مطالبة المدين.

بعد استعراض النصوص القانونية ورأي كل تشريع من التشريعات المدنية العربية بخصوص الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مُطالبة المدين أولا، فلا بد لنا أن نحدد المقصود بالمطالبة خصوصا وان هذه التشريعات لم تحدد المقصود بالمطالبة، إلا إننا وجدنا أن الفقه متفق على أن

---

(1) المحامي نخلة – موريس ، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، ص234.

المقصود بالمطالبة هو رفع الدعوى وبمعنى أدق المطالبة القضائية، والحصول على حكم ضد المدين بالتزامه بالوفاء. وعليه فالمطالبة الودية لا تعد مطالبة بالمعنى الذي اشترطته التشريعات المدنية العربية، ولا يعتبر الأعذار من قبل الدائن، إذا لم يكن بيده سند تنفيذي لمطالبة بمعنى المطالبة المقصود في هذه التشريعات.

ويتضح من خلال نصوص التشريعات العربية المدنية، أن الدائن لا يجوز له أن يرجع على الكفيل، لمطالبته بتنفيذ الالتزام إلا بعد أن يرجع بالمطالبة على المدين، وهذا تطبيق للقواعد العامة، لاعتبار الكفيل ضامن احتياطي، وكذلك التزامه تابع لالتزام المدين الأصلي، وأن المقصود بالمطالبة هو رفع الدعوى وصدور حكم ضد المدين،ولذلك لا يكفي أعذار المدين فقط، لرفع الدعوى على الكفيل ،بل يجب أن يكون قد رفع الدعوى على المدين، أو على المدين والكفيل معا.

فإذا كان لدى الدائن سنداً رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين،فيحل محل المطالبة القضائية، وكذلك التنبيه على المدين بالوفاء ، وإذا أفلس المدين، فيعتبر تقدم الدائن في تفليسة المدين في حكم المطالبة القضائية (1).

هذا إذا بدأ الدائن بمطالبة الكفيل وحده ، إلا إننا نجد بان الذي يقع في الواقع العملي أن الدائن لا يطالب الكفيل وحده0 وكذلك لا يطالب المدين وحده ، وإنما يطالبهما معاً في وقت واحد بوفاء الدين. باعتبار المدين مدينا اصلياً والكفيل باعتباره كفيلاً، في هذه الحالة لا يجوز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بمطالبة المدين أولا،كونه طالب الكفيل والمدين معا في نفس الوقت0 مما يجعل الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين لا فائدة منه ، والدائن لا يطالب الكفيل قبل المدين إلا إذا كان هذا الأخير معسراً أو مفلساً ، والكفيل في مركز مالي ممتاز أو قابلاً لوفاء دينه ونخلص القول بان الكفيل لا يجبر على الوفاء للدائن إلا إذا لم يوفه المدين،هنا يحق للدائن مطالبته بعد ان يكون قد رجع على المدين الأصلي.

(1) السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسط، ج1، ص105.

الفرع الأول

شروط الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين

كما تقدم سابقا قد يقع في الواقع العملي أن يطالب الدائن الكفيل قبل أن يطلب المدين هنا وفي هذه الحالة يكون للكفيل دفع مطالبة الدائن له بعدم مطالبة المدين إذا تحققت الشروط التالية:-

1- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن هذا الدفع .

2- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع.

3- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.

4- أن يكون للكفيل فائدة من التمسك بهذا الدفع .

ولابد لنا من التعرض لهذا الشروط الأربعة بشيء من التفصيل على النحو التالي:-

الشرط الأول:- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن هذا الدفع.

تشترط الغالبية العظمى من التشريعات المدنية العربية للتمسك بالدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولا، أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع، فرجوع الدائن على المدين أولا قبل الرجوع على الكفيل هو حق مقرر لمصلحة هذا الأخير، فللكفيل أن يتنازل عن هذا الحق، ويرى غالبية الفقه أن نزول الكفيل عن هذا الحق قد يكون صريحاً أو ضمنياً، ولا خلاق فيما إذا كان هذا النزول وقت انعقاد الكفالة أو بعد إنعقادها.[1]

في حين يرى الأستاذ (سليمان مرقس) بأن النزول عن هذا الدفع يجب أن يكون صريحاً مقارنة بحق الكفيل في النزول صراحة عن حقه في الرجوع على المدين.

وعند استعرض نصوص التشريعات المدنية العربية لا نجد أي نص يشير إلى اشتراط أن يكون التنازل صريحا، وفي المقابل لا نجد أي نص يمنع التنازل الضمني، لهذا وبناءً عليه ولخلو التشريعات العربية من نص يشترط أن يكون التنازل صريحا، فانه لا يوجد ما يمنع من أن يكون التنازل ضمنياً.

---

(1) السنهوري ــ عبد الرزاق ، ج10، ص102، و أبو السعود ــ رمضان ، مرجع سابق، ص119، ومنصور ــ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص57.

فالنزول عن هذا الدفع يكون ضمنيا عندما يصرح الكفيل بأنه يلتزم بمثابة المدين الأصلي، أو انه عندما يلاحقه الدائن لا يعلن حقه بالمناقشة.[1]

فإذا تنازل الكفيل عن حقه في هذا الدفع، يكون بذلك قد نقل نفسه من كفيل بسيط إلى كفيل متضامن، ولكن هذا التنازل مقيد بشرط وهو أن لا يكون الكفيل قد رتب على نفسه التزام اشد من التزام المدين الأصلي، وننوه بأن الكفيل لا يصل إلى هذا الحد حتى ولو اصبح كفيلا متضامناً.

مما تقدم نجد بأنه حتى يحق للكفيل أن يتمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً قبل رجوعه على الكفيل، يجب على هذا الأخير ألا يكون قد تنازل عن حقه في مطالبة الدائن للمدين أولا قبل مطالبته له، لان هذا الحق كما سبق فهو مقرر لمصلحة الكفيل، فله أن يتنازل عنه صراحة أو ضمنا في عقد الكفالة أو بعده، وألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.

الشرط الثاني:- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع.

يشترط لكي يستعمل الكفيل حقه بالدفع بعدم مطالبة الدائن له قبل مطالبته المدين الأصلي، أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع أمام المحكمة، فللكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، حتى ولو كان هذا التمسك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، والسبب في ذلك لأن هذا الدفع هو دفع بعدم قبول الدعوى، إلا أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بهذا الدفع من تلقاء نفسها، فإذا سكت الكفيل عن التمسك بالدفع، فإن سكوته هذا يفسر على انه أراد النزول، لأن التشريعات التي نصت على هذا الدفع تجيز للكفيل أن يتنازل عن التمسك بهذا الدفع ويقبل الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين. إلا أن هذه التشريعات التي نصت على هذا الدفع اختلفت قليلا حول وجوب تمسك الكفيل بهذا الدفع أمام المحكمة أم لا. لذلك سوف نتعرض لرأي بعض التشريعات المدنية العربية حول هذا الشرط .

فعند رجوعنا إلى نصوص التشريعات المدنية العربية بخصوص هذا الدفع نجد بأن المشرع المصري قد نص على هذا الدفع في المادة 788 الفقرة الأولى، إلا انه لم يشترط تمسك الكفيل به على غرار ما نص عليه في الفقرة الثانية من ذات المادة الخاصة بالدفع بالتجريد، فنجد بأن مفاد الفقرة الأولى من المادة 788 من القانون المدني الجديد بأنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين متى تمسك الكفيل بذلك.[2]

أما بالنسبة لرأي الفقه المصري حول تقرير هذا الشرط فقد اختلف الفقهاء وذهبوا في ذلك إلى اتجاهين هما:

---

(1) المحامي نخلة ـــ موريس ، مرجع سابق، ص338.

(2) طعن محكمة النقض المصرية، رقم 797، 49 ف، جلسة 1983/12/8.

الاتجاه الأول[1]: ذهب إلى أن للمحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها دون أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع، فهذا الدفع في نظرهم هو دفع يتعلق بالنظام العام، مستندين في ذلك أن الفقرة الأولى من المادة 788 مدني مصري التي قررت هذا الدفع لم تشترط تمسك الكفيل به، مقارنة بالفقرة الثانية من ذات المادة والخاصة بتجريد المدين، ويرون أن المشرع المصري لو قصد تمسك الكفيل بهذا الدفع لنص على ذلك صراحة في الفقرة الأولى كما نصت عليه في الفقرة الثانية.

الاتجاه الثاني [2]:- ذهب إلى انه يجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع، وان هذا الدفع ليس من النظام العام، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كون هذا الدفع مقرر لمصلحة الكفيل من قبل المشرع ولا يتعلق بالنظام العام.

ويرد أصحاب هذا الاتجاه على أصحاب الاتجاه الأول، بأن الاستناد إلى نص المادة 788 بخصوص الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين، واستخلاص إرادة المشرع عدم اشتراط تمسك الكفيل بهذا الدفع بمقارنة فقرتي هذا النص، بأنه جاء بطريق مفهوم المخالفة، وهذا غير جائز هنا. فلا يوجد صلة بين الدفع بعدم مطالبة الدائن للكفيل قبل مطالبة المدين أولا والدفع بالتجريد تبرر هذا الاستنتاج لمجرد سكوت المشرع المصري عن النص في الفقرة الأولى على التمسك بالدفع بعدم مطالبة الدائن للكفيل قبل مطالبة المدين أولا، ويرون أن سكوت المشرع عن ذلك هو حماية مصلحة الكفيل وهو وحده الذي يملك تقديرها، وبالتالي لا يجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها.

والذي يميل إليه الطالب هو الاتجاه الثاني وذلك لعدة أسباب هي:-

السبب الأول: كون هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، فهو لا يمس حق الدائن من حيث الموضوع.

السبب الثاني:- لكون هذا الدفع يتعلق بمصلحة الكفيل الشخصية وليس بمصلحة عامة، فهو مقرر لمصلحته فقط، فيحق للكفيل النزول عنه صراحة أو ضمنا كما أسلفنا سابقا.

السبب الثالث:- لان غالبية التشريعات المدنية العربية تنصّ على وجوب تمسك الكفيل بهذا الدفع.

---

(1) تزعم هذا الاتجاه مرقس – سليمان ، مرجع سابق، ص68 ، و سلامة – احمد ، مرجع سابق،ص65.

(2) تزعم هذا الاتجاه زكي – محمد جمال الدين، مرجع سابق، ص88 – والسنهوري – عبدالرزاق ، ج10، ص104- و الشرقاوي – جميل ، مرجع سابق، ص60 – ومنصور – مصطفى منصور، مرجع سابق، ص57 -58.

السبب الرابع:- لأن هذا الاتجاه هو الرأي الراجح فقهاً وقضاءً ، فيجوز للكفيل إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو كان ذلك أمام محكمة الاستئناف، فإذا سكت المشرع العربي عن وجوب تمسك الكفيل بهذا الدفع فيرجع في شأن ذلك إلى القواعد العامة التي تقضي من أن القاضي لا يحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه.(1)

السبب الخامس:- أن أصحاب الاتجاه الأول الذي لا نؤيده يسلمون بحق الكفيل بالتنازل عن التمسك بالدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين أولاً.

السبب السادس:- لعدم وجود أية صلة بين الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين والدفع بتجريد المدين.

السبب السابع:- أن غالبية التشريعات اعتبرت أن مركز كفيل الكفيل لا يختلف عن مركز الكفيل من المدين، فقد نصت على جواز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل.(2)

أما المشرع اللبناني فقد اشترط على الكفيل أن يتمسك بمدعاة المدين أولا، عند بدء المحاكمة وقبل أي دفاع بالأساس، وإلا اعتبر متنازلا عن هذا الدفع، حيث نصت المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه:- ((يحق للكفيل أن يطلب من الدائن في بدء المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس أن يداعي أولا المدين الأصلي في أمواله المنقولة وغير المنقولة، ...)) وبناءً عليه نجد أن المشرع اللبناني قد حدد للكفيل وقت التمسك بهذا الدفع عند بدء المحاكمة ورتب على عدم تمسك الكفيل بهذا الدفع، اعتباره متنازلاً عن حقه فيه، وهذا عكس ما جاء في التشريع المصري الذي أطلق العنان للكفيل في التمسك بهذا الدافع في أية حالة تكون عليه الدعوى ولو كان ذلك أمام محكمة الاستئناف.

ونجد كذلك بان المشرع اللبناني قد نص على هذا الشرط بشكل صريح في مادته المشار إليها أنفا، في حين أن غالبية التشريعات العربية لم تتعرض لوجوب تمسك الكفيل بهذا الدافع على نحو ما تعرض له المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود إلا انه وبعد استعراض رأي الفقه والتشريعات العربية حول هذا الشرط نجد بأنها تفرض على الكفيل كي يستعمل حقه في هذا الدفع

---

(1) السنهوري – عبدالرزاق ، ج10، ص104، ومنصور – مصطفى منصور، مرجع سابق، ص57، و عبد الباقي – عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص132، و امام – محمد علي ، مرجع سابق، ص94، و تناغو – سمير ، مرجع سابق، ص66.

2 هذا ما نصت عليه المادة 797 مدني مصري ويقابلها المادة 730 مدني سوري والمادة 806 مدني ليبي والمادة 1063 موجبا وعقود لبناني والمادة 679 مدني سوداني والمادة 1039 مدني عراقي والمادة 1501 مدني تونسي.

قبل المدين أن يتمسك بالدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولا، وإلا اعتبر متنازلا عن حقه فيه.

الشرط الثالث: أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين الأصلي.

فإذا حل أجل الدين المكفول وأراد الدائن المطالبة بالدين المكفول فلا يجوز لــه مطالبــة الكفيل قبل المدين الأصلي إذا كان هذا الكفيل غير متضامناً.

عند رجوعنا للتشريع المصري بهذا الخصوص نجد بأنه لم يرد في شــأن ذلــك نــص صريح. إلا أنه ورد نص بالنسبة إلى كفيل الكفيل وهو بالنسبة إلى الكفيل في مركز الكفيل بالنسبة إلى المدين [1].

إلا أنه عند التمعن في النظر إلى نص المادة 794 من القانون المدني المصري نجد أنها ميزت بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن فيما يتعلق بالدفوع المتعلقة بالدين.[2].

أما الفقه في مصر فقد اجمع على أنه حتى يتسنى للكفيل التمسك بعدم مطالبته قبل مطالبة المدين الأصلي يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، وإن لم ينص عليه المشرع، مستدلين في ذلك على القواعد العامة في التضامن، القاضية بان الدائن يحق له أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين، أو يطالبهم مجتمعين ، ويرون إن كان الكفيل متضامنا مع المدين الأصلي إلا أنه لا يتساوى معه، لأن التزامه التزاماً تبعياً.[3].

يرى الأستاذ رمضان أبو السعود في هذا الخصوص: أنــه لا يمكــن حرمــان الكفيــل المتضامن من الدفع بوجوب الرجوع أولا على المدين إلا بنص خــاص يقــرر صــراحة هــذا الحرمان، ويرى كذلك أن الاحتجاج بالقاعدة الخاصة بكفيل الكفيل ، والقياس في شــانها قيــاس فاسد، مستندا في ذلك إلى أن هذه القاعدة تخص مديناً وكفيلاً وذلك لا يقاس حكمها علــى حكــم قاعدة أخرى تخص الكفيل وكفيل الكفيل.

---

(1) إذ تنص المادة 797 من القانون المدني المصري الجديد على انه:- " تجوز كفالة الكفيل. وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مــع الكفيــل" ويقابل هذا النص في التشريعات المدنية العربية: المادة 669 مدني جزائري. و المادة 730 مدني سوري. والمادة 1039 مدني عراقي. والمادة 679 مدني سوداني. والمادة 806 مدني ليبي.

(2) يقابل المادة المشار اليها انفا من التشريع المصري 1069 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة 760 مدني سوري والمادة 847 مدني عراقي والمادة 767 مدني كويتي والمادة 676 مدني سوداني.

(3) السنهوري ــ عبد الرزاق– الوسيط ، ج10، ص103، ومنصور ــ مصطفى منصور، مرجــع ســابق، ص56 و عبد الباقي ــ عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص134 – و زكي ــ جمال الدين ، مرجع سابق، ص88، و تناغو ــ سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص64 و ابو السعود ــ رمضان ، مرجع سابق، ص118 و سعد ــ نبيل ابراهيم ، مرجع سابق، ص305.

في حين أن المشرع اللبناني قد أورد في شأن هذا الشرط نص صريح يشمل الكفيل وكفيل الكفيل، فقد نصت المادة 1073 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: ((لا يجوز للكفيل أن يتشبث بتقديم مداعاة المديون الأصلي:-

أولا – إذا كان قد عدل صراحة عن هذا الحق ولا سيما إذا كان التزام الموجب بالتضامن مع المدين الأصلي)).

ومن وجهة نظر الطالب أن الكفيل إذا كان متضامنا مع المدين كان للدائن مطالبته قبل مطالبة المدين أو مطالبة أيهما شاء وذلك لعدة أسباب هي:-

السبب الأول:- أن التضامن يعطي الحق للدائن أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين أو عليهم مجتمعين، الأمر الذي يترتب عليه عدم التزام الدائن بمطالبة المدين قبل مطالبة الكفيل، أي فسح المجال أمام الدائن في أن يطالب الكفيل قبل المدين، مما يترتب عليه سقوط حق الكفيل بالتمسك في هذا الدافع.

السبب الثاني:- لأن التضامن يجعل صلة الكفيل المتضامن بالدين أقرب إلى مركز المدين المتضامن منه إلى مركز الكفيل العادي (غير المتضامن).

السبب الثالث:- لأن صفة التضامن تجعل الكفيل المتضامن متنازلاً عن حقه في كثير من الدفوع كالدافع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين وكذلك الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم، أي الدفوع الشخصية. أما الدفوع المتعلقة بالدين كالدفع بالمقايضة والدفع بالتقادم والدفوع الخاصة بشخص المدين كالدفع بعيوب الرضا ، ونقص الأهلية ، والدفع بإضاعة التأمينات ، فيجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بها[1] .

السبب الرابع:- لأن إجماع الفقهاء ذهب إلى أنه يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين حتى يمكنه التمسك بهذا الدافع، هذا عدا عن ضعف أدلة القائلين بعكس ذلك. كما أن كثيراً من التشريعات ميزت بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن.

الشرط الرابع:- يجب أن يكون للكفيل مصلحة من التمسك بهذا الدفع.

فحتى يقبل هذا الدفع لا بد أن تكون هناك فائدة من رجوع الدائن على المدين أولاً، ولا بد لنا أن نتطرق لهذا الشرط في كل من التشريع والفقه، فالتشريعات المدنية العربية لم تتضمن أي نص يشير إلى وجوب توفر هذا الشرط بشكل مباشر. في حين أن الفقه يرى أنه يجب الأخذ به تطبيقيا للقاعدة العامة القاضية بأنه لا دعوى ولا دفع إلا بناءً على مصلحة[2] .

---

(1) مرقس ــ سليمان ، مرجع سابق، ص144.

(2) عبد الباقي ــ عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص126، و تناغو ــ سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص64 و 65 ، ومنصور ــ مصطفى منصور ، مرجع سابق، ص56 و 75.

فالقاعدة العامة القائلة بأنه لا دعوى ولا دفع إلا بناء على مصلحة، تتفق مع هذا الدفع وذلك بان المدين إذا كان معسرا ، أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين ، فانه لا يبقى للكفيل أية مصلحة في أن يدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، مما يترتب عليه عدم وجود أية فائدة من رجوع الدائن على المدين أولاً.

بالنسبة لإثبات أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء فيكون عبء الإثبات على عائق الدائن، وفي نهاية الأمر فإن القاضي هو الذي يقرر ما إذا كان للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع أم لا. فإذا تبين للقاضي أن للكفيل مصلحة أو فائدة في التمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا، فعلى هذا القاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى. لأن من شروط قبول هذا الدفع أن تكون للكفيل مصلحة من رجوع الدائن على المدين أولا، فإذا لم تتوافر هذه المصلحة فلا يجوز إثارة هذا الدفع ، خصوصا إذا كان المدين معسراً ، أو كان ظاهر العجز عن الوفاء بالدين المكفول.

هذا الشرط يقتضي أن يكون لدى المدين أموالٌ تكفي للوفاء بالدين أو حتى ببعضه، أما إذا لم يكن للكفيل أموالٌ تكفي للوفاء فلا مصلحة للكفيل للتمسك بوجوب الرجوع على المدين أولاً. والسبب في ذلك لان حالة الإعسار والعجز تجعل طلب الكفيل من الدائن الرجوع على المدين أولاً لا ترجى منه أية فائدة بالنسبة للكفيل.

فعند استعراضنا لنصوص التشريعات المدنية العربية بخصوص هذا الشرط نجد بأنها نصت على هذا الشرط ولكن بشكل غير مباشر، فقد نصت على ذلك المادة 786 من القانون المدني المصري بقولها:- ((إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن)) .

كما نصت المادة 1073 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه: ((لا يجوز للكفيل أن يتشبث بتقديم مداعاة المدين الأصلي:-

أولا:- .... ثانيا:- إذا اصبح المديون الأصلي في حالة إعسار مشهور أو أعلن عجزه. ثالثا:- ....)). ويطابق هذه النصوص من التشريعات المدنية العربية: المادة 978 من القانون المدني الاردني. و المادة 752 من القانون المدني السوري. والمادة 1028 من القانون المدني العراقي. والمادة 795 من القانون المدني الليبي. والمادة 668 من القانون المدني السوداني. والمادة 758 من القانون المدني الكويتي.

تلك هي الشروط الواجب توافرها للتمسك بالدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولا، وقد أضاف المشرع اللبناني شروط للتمسك بهذا الدفع وهي:-

الشرط الأول:- يجب على الكفيل أن يبين للدائن الأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة للمدين، والتي تصلح للتنفيذ ذلك لأن الدائن كثير ما يجهل أن مدينة يملك أموالا يصح التنفيذ عليها، فلو كان يعلم بها لما بدأ بمداعاة الكفيل[1].

الشرط الثاني:- يجب أن لا تكون أموال المدين موضوع نزاع بين المدين والغير.

الشرط الثالث:- يجب أن لا تكون أموال المدين متصلة بتأمينات عينية تجعل قيمتها غير كافية لوفاء الدين، وان لا تكون مرهونة.

الشرط الرابع:- أن يلتزم الكفيل بالمصاريف اللازمة للتنفيذ بمدعاة المدين أولا[2]. فهذا الشرط دلت عليه المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني مع إمكانية اتخاذ الوسائل الاحتياطية بحق الكفيل.

(1) يكن ــ زهدي ، مرجع سابق، ص276.

(2) ورد هذا الشرط في المادة 1074 من قانون الموجبات والعقود اللبناني وهذه المادة مطابقة للمادة 2023 من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثاني

آثار الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين

فإذا رجع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين، وتمسك الكفيل بالدفع بعدم مطالبة الكفيل وكان هذا الدفع مستوفي الشروط سالفة الذكر، هنا على القاضي أن يقضي بعدم قبول الدعوى التي رفعت على الكفيل وحده من قبل الدائن ، إلا أن ذلك لا يمنع الدائن من أن يرجع على المدين أولا يطالبه بالدين قضائياً، أو أن يرفع الدعوى على كل من المدين والكفيل في وقت واحد فتكون دعواه مقبولة على هذا النحو، وبناءً عليه لا يستطيع الكفيل أن يدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً، حتى ولو توافرت شروط هذا الدفع.

فكما تقدم فإن الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين المستوفي لشروطه هو دفع لا يتعلق بالنظام العام،وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ما لم يطلب منها الكفيل ذلك، طبقا للرأي الرجع لأن هذا الدفع لا يمس حق الدائن من حيث الموضوع، ولكونه يتعلق بمصلحة الكفيل الشخصية وليس بمصلحة عامة فهو مقرر لمصلحة الكفيل فقط. ولأن غالبية التشريعات المدينة العربية والقواعد العامة تقضي بأن القاضي لا يحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه.

والذي نخلص إليه بأن الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين، لا يعتبر دفعاً موضوعياً، كونه لا يتعلق بالحق المطالب به (الدين المكفول) ويعتبر هذا الدفع دفعاً شكلياً كون الدفوع الشكلية قد وردت في كثير من التشريعات على سبيل الحصر وليس من بينها هذا الدفع. فهذا الدفع يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى، لأنه مبنيّ على عدم توافر شرط لازم لقبول الدعوى[1].

أما المشرع اللبناني فرأيه واضح في هذا الدفع وأكثر وضوحاً من بقية التشريعات المدنية العربية ، فعند رجوعنا لنص المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني نجدها قد بينت لنا آثار الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولاً، فإذا طالب الدائن الكفيل قبل مطالبة المدين، ودفع الكفيل مطالبة الدائن له بمقاضاة المدين أولاً، مع توافر شروط هذا الدفع، فانه يترتب على هذا الدفع الآثار التالية:-

1- إن الدعوى المقامة على الكفيل شخصياً من قبل الدائن، تتوقف إلى أن يتم التنفيذ على أموال المدين الأصلي. إلا أن ذلك لا يمنع الدائن من أن يأخذ بعض الاحتياطات اللازمة للمحافظة على دينه قبل الكفيل.

---

(1) عبد الباقي ــ عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص133.

2- إذا رجع الدائن على الكفيل ودفع الكفيل رجوع الدائن عليه بالرجوع على المدين، وحصل الدائن على حكم يقضي بإلزام الكفيل بالدين. بشرط التنفيذ على أموال المدين الأصلي أولاً. كان لهذا الدائن بعد أن ينفذ على المدين، أن ينفذ على الكفيل بما تبقى له من دين، مستندا على الحكم الأول دون الحاجة إلى الحصول على حكم آخر.[1]

3- عدم التزام الكفيل بدفع ما ينتج عن إهمال الدائن في التنفيذ على أموال المدين، خصوصا إذا كان بإمكان الدائن الحصول عليه من المدين عند مقاضاته والتنفيذ عليه.

4- إذا كان للدائن رهن أو حق في الحبس على بعض أموال المدين المنقولة، التزم الدائن باستيفاء دينه منه، ما لم يكن هذا المال موضوعا لتأمين ديون أخرى على المدين ، وكان هذا المال غير كاف لا يفانها جميعها. تلك هي آثار الدفع التي تنطق بها المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي جاءت اكثر وضوحاً من غيرها في بقية التشريعات العربية الأخرى.

ويعد هذا الدفع حاجزا أمام الدائن، إلا انه يمكن لهذا الأخير التخلص منه، بان يطالب المدين والكفيل معا في وقت واحد، أو يطالب المدين أولا ثم يطالب الكفيل بعد ذلك، ونجد كذلك بأن القانون قد أعطى للكفيل دفعاً آخر يمكن له استعماله ليمنع الدائن من التنفيذ على أمواله، قبل التنفيذ على أموال المدين، وهو الدفع بالتجري

الاستثناءات على الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولا .

فمن خلال دراستنا لشروط وآثار الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولا تبين لنا استثناءات هذا الدفع التي لم ترد بموجب نص قانوني صريح وخاص إلا أن المشرع اللبناني قد نص على هذه الاستثناءات بشكل صريح وبموجب نص خاص في المادة 1073 من قانون الموجبات والعقود، واستثناءات هذا الدفع التي تمنعه من التمسك به هي:-

أولا:- إذا كان الكفيل قد التزم بالدين المكفول تجاه الدائن بالتضامن مع المدين الأصلي[2]

لأن الكفيل إذا كان متضامنا مع المدين الأصلي، يعتبر كأن قد تنازل عن هذا الدفع ضمنا، كونه قبل التضامن مع المدين، فطبيعة التضامن تخول للدائن الحق في أن يطالب ويدعي

---

(1) يكن ــ زهدي ، مرجع سابق، ص278.

(2) نصت على هذا الاستثناء المادة 1073 من قانون الموجبات والعقود اللبناني بشكل صريح على انه: **(لا يجوز للكفيل ان يتشبث بتقديم مداعاة المديون الاصلي: اولاً:- .... اذا كان قد التزم الموجب بالتضامن مع المديون الاصلي)** وهذا ما نصت عليه المادة 797 منالقانون المدني المصري المشار اليها سابقا بخصوص كفيل الكفيل.

جميع المدنيين متجمعين ومنفردين فإذا لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين كان له التمسك بهذا الدفع.

ثانيا:- إذا تنازل الكفيل عن حقه في رجوع الدائن عن المدين أولاً قبل أن يرجع عليه، في هذه الحالة لا يجوز للكفيل آن يتمسك بالدفع بعدم مطالبته قبل مطالبة المدين أولا، لأنه بذلك يكون قد تنازل عن حق مقرر لمصلحته، ولا خلاف فيما إذا كان التنازل صريحا أو ضمنيا، في عقد الكفالة أو بعده. وهذا ما نصت عليه المادة 1073 من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث جاء فيها انه:- ((لا يجوز للكفيل أن يتشبث بتقديم مداعاة المديون الأصلي:-

أولا- إذا كان قد عدل صراحة عن هذا الحق ......))

ثالثا:- إذا كان المدين في حالة إفلاس أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين: كأن لم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها، لأنه في هذه الحالة لا مصلحة للكفيل في التمسك بهذا الدفع، ولا فائدة من الرجوع على المدين أولا إذا كان هذا المدين معسراً عدا عن أن إعلان الإفلاس أو عجز المدين عن الدفع يجعل دين الدائن مستحقاً وواجب الأداء، ولأن الطلب من الدائن الرجوع على المدين أولا يعني أن لهذا المدين أموالاً تكفي لسداد الدين أو جزء منه، الأمر الذي تنتفي معه الغاية من الرجوع على المدين أولاً.

فإذا كان المدين في حالة إفلاس وامتنع عن الدائن رفع الدعوى على المدين، كونه لم يتقدم بدينه في تفليس مدينه فلا يحق له التمسك بهذا الدفع، لأنه يتوجب على الدائن إذا كان المدين في حالة إفلاس آن يتقدم في تفليس مدينه، حتى يكون له بعد ذلك الرجوع على الكفيل[1]

رابعا:- إذا كان لدى الدائن سند تنفيذي ثابت بعقد رسمي واعذر الدائن المدين من قبل، ففي هذه الحالة لا حاجة لرفع الدعوى على المدين، كي يمكن الرجوع على الكفيل.

فالتنبيه بالوفاء (الأعذار) يعتبر رجوعاً على المدين ويكون للدائن الرجوع على الكفيل ويكون هذا الأعذار في مثل هذه الحالة رجوعا بالمعنى المقصود ولا يخل بجوهره.

خامسا:- إذا كانت الأموال التي تصح فيها المطالبة موضوعاً للنزاع أو مرهونه تأميناً لدين تستغرق قسماً كبيراً من قيمتها أو كانت تلك الأموال غير كافية لإيفاء الدائن دينه، أو إذا لم يعد للمدين على هذه الأموال إلا حق قابل للإلغاء.

---

(1) نصت على هذا الاستثناء المادة 786 مدني مصري، مشار اليها سابقا، ويقابلها التشريعات العربية التالية:
المادة 658 مد ني جزائري. والمادة 1073 موجبات وعقود لبناني. والمادة 752 مدني سوري.
المادة 1028 مدني عراقي. والمادة 758 مدني تونسي. والمادة 795 مدني ليبي.

سادساً:- إذا كان الكفيل قد التزم تجاه الدائن بموجب كفالة قضائية، فلا يجوز له طلب مداعاة المدين أولاً[1] كون هذه الكفالة تستلزم التضامن. فالكفالة القضائية هي التي تقضي بها المحاكم، كالحالات التي يحكم فيها القاضي بالتنفيذ المؤقت على شرط تقديم كفيل.

سابعاً:- إذا طالب الدائن المدين والكفيل معاً في وقت واحد، فلا يجوز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بمطالبة المدين قبل مطالبته، كون الدائن يطالب الكفيل بوفاء الدين باعتباره كفيلاً ويطالب المدين باعتباره مديناً اصلياً.

---

(1) نخلة ـ موريس ، مرجع سابق، ص339.

المطلب الثاني

الدفع بالتجريد

لقد رأينا في المطلب الأول من هذا الفصل أنه وكقاعدة عامة في ظل التشريعات المدنية العربية الحديثة لا يجوز للدائن أن يبدأ بمطالبة الكفيل قبل أن يطالب المدين أولاً، وبناءً عليه فإذا قام الدائن بمطالبة الكفيل قبل أن يطالب المدين كان للكفيل أن يدفع هذه المطالبة بوجوب مطالبة الدائن للمدين أولا. هذا ما نصت عليه غالبية التشريعات العربية الحديثة.

كذلك لقد أكدت غالبية التشريعات المدنية العربية بأن التزام الكفيل تجاه الدائن التزام تابع لالتزام المدين وما يترتب على هذا الالتزام، وعليه فالدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن ينفذ على أموال المدين ، و هذا ما يسمى في التشريعات العربية بالدفع بالتجريد، لذلك سوف نبحث في هذا المطلب الدفع بالتجريد بشيء من التفصيل من حيث التطور التاريخي لـــه، والتعريف به، والحكمة منه، وشروطه، وآثاره، وتجريد التأمين العيني من حيث شروطه وآثاره، وذلك ضمن أربعة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: تطور الدفع بالتجريد وتعريفه والحكمة منه وموقف التشريعات الحديثة منه.

الفرع الثاني: لبحث شروط الدفع بالتجريد

الفرع الثالث: لآثار الدفع بالتجريد

الفرع الرابع: تجريد التأمين العيني، شروطه وآثاره.

الفرع الأول

تطور الدفع بالتجريد وتعريفه وموقف التشريعات الحديثة

لقد كان لمركز الكفيل الأثر الأكبر لظهور هذا النوع من الدفع، فلم يكن الدفع بالتجريد معروفاً في بداية تطور القانون الروماني، حيث كان مركز الكفيل أشد من مركز المدين، إلا أن الحاجة الماسة للكفالة في القرنين الخامس والسادس دعت إلى تحسين مركز الكفيل، والقوانين التي أدت إلى تحسين مركز الكفيل هي: Faria, Ciceris, Appuleia, Publilia [1].

فتحسين مركز الكفيل في تلك العصور لم يكن بالدرجة المطلوبة، حيث أصبح مركز الكفيل في مركز المدين المتضامن، وبقي الأمر على ذلك، حتى أدخل (جوستنيان) تعديلا على القانون فرض بموجبه على الدائن ألا ينفذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين وتجريده ، مما أدى إلى تأكيد فكرة التبعية ، وكذلك الصفة الاحتياطية في التزام الكفيل، والنص على حق الكفيل في التمسك بتحديد المدين قبل التنفيذ على أمواله إذا أراد الدائن التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين[2].

فاصبح من أهم مظاهر تبعية الالتزام بالنسبة للكفيل واحتياطيته، ما يسمى بحق الكفيل في التمسك بتجريد المدين قبل التنفيذ على أمواله.

التعريف بالدفع بالتجريد والحكمة منه:

إن الدفع بالتجريد من الدفوع الشخصية التي ضمنها القانون للكفيل كون التزامه تجاه الدائن التزاما احتياطيا، فبموجب الدفع بالتجريد للكفيل وقف إجراءات التنفيذ على أمواله حتى يتم التنفيذ على أموال المدين الأصلي أو يتبين عدم كفايتها للوفاء بدين الدائن المكفول.

ونستنتج مما تقدم بأن الدفع بالتجريد هو تمسك الكفيل بوجوب البدء بالتنفيذ على أموال المدين إذا بادر الدائن بالتنفيذ على أمواله، وهو حق أعطاه القانون للكفيل لكي يتمسك بوجوب البدء بالتنفيذ على أموال المدين وتجريده منها قبل البدء بالتنفيذ على أمواله.

---

(1) مشار إليه في سمير تناغور – مرجع سابق – ص111 هامش (1).

(2) **Mazeaud(H.et.L)et tunc(A):traitetheorique et pratique De La Responsabilitcê civildelictuelle et contraetuelle>> t.1(6.ed) paris ,1965, Opcit. T.3.No. 30. P.43.et Pont. Op. cit. No.156/2**

- Marty (G) et, Raynaud (P).Droit civil.T.Π ler volume les Oplijations. Paris cirey 1962, cit. No. 598. P. 399

كما يلاحظ من التعريف السابق أن هذا الدفع يقضي بأن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال الدائن، وأن هذا الدفع هو مقرر لصالح الكفيل فقط، وعليه فلا يجوز للمدين المتضامن أن يدفع بتجريد مدين متضامن من معه، لأن كلّ منهما يكون مسؤول عن الدين بنفس الدرجة.

فالأصل أن يبدأ الدائن في التنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل، إذا كانت أموال المدين كافية لسداد الدين المكفول، وفي ذلك اختصار للإجراءات والنفقات مما حدى بالمشرع العربي لتقرير حق الكفيل بالدفع بالتجريد، حماية لمصلحة هذا الكفيل، لأن الكفيل عندما يوفي الدين سوف يقوم بالرجوع على المدين، وفي ذلك إطالة للإجراءات وهدر للنفقات.

خلاصة القول بأن الدفع بالتجريد هو حق الكفيل في التمسك بعدم التنفيذ عليه إلا بعد التنفيذ على أموال المدين الذي كفله[1].

أما الحكمة من الدفع بالتجريد فهي أكثر من فائدة واحدة، ولا بد من بيانها، فإذا حل أجل الدين المكفول فإن الدائن قد يرجع على المدين إلا أنه لا ينفذ عليه، ثم يرجع على الكفيل وينفذ عليه بمقتضى حكم، وقد يقوم الدائن بالرجوع على الكفيل والمدين معاً ويحصل على حكم إلا أنه ينفذ على الكفيل فقد، وقد يقوم الدائن كذلك بالرجوع على الكفيل وحده دون المدين ويحصل على حكم ضده ، ويرغب بالتنفيذ على أمواله، مع سقوط حق الكفيل باستعمال الدفع بعدم مطالبته قبل مطالبة المدين : كأن يتنازل عن حقه في ذلك ، أو أن لا يتمسك به ، وفي تلك الحالات السابقة قد يوفي الكفيل الدين للدائن و من ثم كان له الحق في الرجوع على المدين بما وفاه، من أجل ذلك شرع الدفع بالتجريد لكي يتخلص الكفيل من هذا الرجوع ، والتنفيذ على أمواله في نفس الوقت.

فالكفيل كما نعلم ليست له أية مصلحة في الدين المكفول، فليس من العدل والإنصاف أن يقوم الدائن بالتنفيذ على أمواله ويجرده منها في حين أن أموال المدين الأصلي قائمة كما هي لا تمس.

لا يكون الدفع بالتجريد إلا إذا حصل الدائن على سند تنفيذي بموجب حكم قضائي وكان هذا السند صادراً في مواجهة الكفيل، وبدأ الدائن بالتنفيذ على أموال هذا الكفيل[1] .أما إذا كان السند التنفيذي قد صدر ضد المدين فقط فلا يجوز للدائن أن يقوم بالتنفيذ على أموال الكفيل، لأن هذا الأخير سوف يتمسك بالدفع بالتجريد، بل لابد من استصدار حكم قضائي ضد الكفيل وحده أو ضد الكفيل والمدين معاً حتى يكون للدائن التنفيذ على أموال الكفيل وبالتالي يكون لهذا الأخير

---

(1) الدكتور منصور ــ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 82.

(1) الدكتور أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 66.

التمسك بالدفع بالتجريد كون التزامه التزاماً تابعاً للالتزام المكفول، الأمر الذي لا يجوز معه التنفيذ على أموال المدين أولاً .

إذن يستطيع الدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إذا كان قد حصل علي سند تنفيذي بمقتضى حكم قضائي ، شريطة أن يكون هذا الدائن قد نفذ على أموال المدين وجرده منها،فإذا لم يحصل الدائن على حكم قضائي ضد الكفيل فلا يستطيع الرجوع على الكفيل والتنفيذ على أمواله،وبالتالي فلا يجوز للدائن الحاصل على حكم قضائي ضد المدين أن ينفذ بموجب هذا الحكم على أموال الكفيل إذا لم يحصل على حكم قضائي ضد الكفيل أيضاً.

يتبين لنا مما تقدم أن الحكمة من الدفع بالتجريد هي ليست في مصلحة المدين، بل في مصلحة الكفيل، فالكفيل لا مصلحة له في الدين المكفول كما نعلم، وإنما يرغب بتقديم خدمة للمدين فقط. فالدفع بالتجريد هو في مصلحة الكفيل إلا أنه لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالدائن ما دام أن هدفه هو استيفاء دينه المكفول وهذا ما يسعى له الدائن سواء كان ذلك من خلال التنفيذ على أموال الكفيل أو أموال المدين، فإذا نفذ الدائن على أموال المدين فإنه يكون بذلك قد وفر في الوقت والنفقات واقتصر في الإجراءات.

فالحكمة من الدفع بالتجريد لا تتمثل فقط في إنصاف الكفيل ومساواته بمركز المدين، بل فيه كما رأينا اختصار للإجراءات والنفقات، إذا قام الدائن بالتنفيذ على أموال مدينه بداية، أما لو قام الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل أولاً، فإن الكفيل سوف يقوم بدوره بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن وينفذ على أموال هذا المدين أي يقوم بما كان يجب أن يقوم به الدائن، وفي ذلك مد أمد الإجراءات وزيادة في النفقات ونفي لفكرة التبعية والصفة الاحتياطية، عدا عن تعطيل عجلة التقدم وتعقيد المعاملات لعزوف الناس عن كفالة أي مدين، لأنه سوف يصبح بمقتضى هذه الكفالة بمركز المدين المتضامن، وهذا ليس من العدل في شيء.

فيما أن هدف الدائن هو الحصول على دينه، فهو لن يضار إذا نفذ على أموال المدين إذا كان موسراً وحصل على حقه منه ، خصوصاً كون الكفيل ضامناً لدين المدين ، فمن العدالة أن ينفذ الدائن على أموال المدين أولاً قبل أن ينفذ على أموال الكفيل، وفي ذلك اختصار للإجراءات والنفقات[1].

فمن خلال ما تقدم نجد بأن الدفع بالتجريد الذي هو من الدفوع الشخصية يحقق المزايا التالية:

---

(1) الدكتور تناغو ـ سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص 68، والدكتور منصور ـ مصطفى، مرجع سابق، ص 83.

1. من الدفوع التي تؤدي إلى تأجيل تنفيذ الدائن على أموال الكفيل، لأنـــه يقتضي من الدائن أن يقوم بالتنفيذ أولا على أموال المدين.

2. هو حماية لمصلحة الكفيل دون الإضرار بالدائن.

3. يؤدي إلى التوفير في الإجراءات والمصاريف.

4. يؤدي الدفع بالتجريد إلى تأكيد وتعزيز الصفة التبعية للكفالة حيــث أن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين.

5. في حالة التضامن وتعدد المدينين وكان كفالة الكفيل لهم جميعاً، كان له التمسك بتجريدهم جميعاً عن طريق هذا الدفع وإذا كان قد كفل بعــضهم دون الــبعض الآخر كان له الدفع بتجريد من كفلهم دون البعض الآخر[2].

6. بموجب الدفع بالتجريد للكفيل إلزام الدائن بالتنفيذ على أمــوال المــدين لاستيفاء حقه منه قبل أن يقوم بالتنفيذ على أمواله.

7. يؤدي الدفع بالتجريد إلى انقضاء التزام الكفيل وبالتــالي بــراءة ذمتــه المالية، دون وفاء منه، إذا ترتب على تنفيذ الدائن على أموال المدين استيفائه لكل الدين المكفول.

8. هو من الدفوع الشخصية التي يحق للكفيل فقط التمسك بهــا بحيــث لا يمارسها غيره على عكس الدفوع التي يستمدها الكفيل من علاقته بالمدين كونها تمارس من قبل الكفيل والمدين أيضاً.

9. هو دفع خاص بعملية التنفيذ فقط دون المطالبة ، ويرتبط بحكم قضائي صادر ضد الكفيل مباشرة.

10. فيه إنصاف للكفيل وتحسين لمركزه بالنسبة للدائن، حيث أصبح مركزه أفضل من مركز المدين مما يشجع الكفيل على كفالة المدين فهو درع واقي له من قسوة الدائن واحتيال المدين أو تهاونه في سداد الدين.

11. إن الدفع بالتجريد شرع قانوناً لتحقيق العدالــة، إذ لــيس مــن العــدل والإنصاف أن يرى الكفيل أمواله تنزع منه، في حين أن أموال المدين لا تمس فالكفيــل ليس له مصلحة في الدين المكفول سوى تقديم خدمة للمدين.

---

(2) الدكتور سعد ــ نبيل إبراهيم ، مرجع سابقن ص 112.

عند رجوعنا للتشريعات المدنية العربية نجدها قد أحاطت الكفيل رعاية أكثر من خـــلال النص على عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين وتجريده منها.

فإذا كان الدائن قد استوفى حقه كاملاً من خلال التنفيذ على أموال المدين فـــإن الكفالـــة والحالة هذه تكون قد انقضت. أما إذا لم يستوفِ الدائن كامل حقه من خلال التنفيذ علـــى أمـــوال المدين كان لهذا الدائن أن ينفذ بعد ذلك على أموال الكفيل، لذلك قررت معظم التشريعات العربية الحديثة الحق للكفيل بالدفع بالتجريد، كون هذا الكفيل مديناً تابعاً فهو لا يفي بالدين المكفـــول إلا عند ثبوت عجز المدين عن الوفاء به.

وأعطت معظم التشريعات العربية الحق للدائن في طلب التنفيذ على أموال الكفيل، بمجرد حصول هذا الدائن على أن ينفذ على سند تنفيذي ضد الكفيـــل، وبـــنفس الوقـــت أعطـــت هـــذه التشريعات الحق للكفيل في أن يلزم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين أولاً وتجريده منها قبل أموال هذا الكفيل.

لذلك فقد نص المشرع المصري على حق الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد في المـــادة 2/788 من القانون المدني التي جاء فيها بأنه : ((ولا يجوز له (أي الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق)) كما جاء في المادة 2/754 من القانون المدني السوري: ((1- لا يجوز للـــدائن ....2- ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ويجب على الكفيل فـــي هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق)).

أما المشرع العراقي: فقد قرر حق الكفيل بالدفع بالتجريد في المادة 2/1021 من القانون المدني حيث جاء فيها: ((فإذا طولب الكفيل أولاً، جاز له عند الإجراءات الأولى التـــي توجـــه ضده، أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله، وتقدر المحكمة ما إذا أن هناك محل لوقـــف الإجـــراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء)).

أما موقف المشرع اللبناني : فهو كالمشرع العراقي يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيـــضاً مطالبة للدائن بالرجوع على المدين أولا، أي يشمل الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً، فقد نصت المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: ((يحق للكفيل أن يطلـــب من الدائن في بدء المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس أن يداعي أولاً المدين الأصلي في أمواله المنقولة وغير المنقولة، وأن يعين منها ما يصح فيه التنفيذ على شرط أن يكـــون موقعهـــا فـــي المناطق الخاضعة لصلاحية محاكم الدول المشمولة بالانتداب الفرنسي)) ويؤكد هذا الدفع كـــذلك المادة 1074 من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث جاء فيها: ((إن الكفيل الذي يتشبث بتقديم

مداعاة المديون يجب عليه أن يبين للدائن أموال المدين الأصلي وأن يتكفل بالمصاريف اللازمة للتنفيذ))[1].

في حين أن المشرع الأردني كان منطقياً مع نفسه بخصوص هذا الدفع فهو لم يأخذ به كقاعدة عامة، كونه يعطي الحق للدائن في مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أو مطالبتهما معاً في وقت واحد، فهو يجعل الكفيل في حكم المتضامن مع المدين والكفيل المتضامن، لذلك فهو لم يعطا الكفيل الحق في التمسك بتجريد المدين من أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل نفسه، فعند رجوعنا لنصوص القانون المدني الأردني نجد بأنه قد أورد بعض الاستثناءات على عدم جواز الدفع بالتجريد حيث أخذ ببعض تطبيقات الدفع بالتجريد المأخوذة بها أيضاً في القوانين الأخرى التي سوف نتطرق لها في مكان متأخر من هذا المطلب إن شاء الله.

أما المشرع اليمني : فهو كالمشرع الأردني لم يأخذ بالدفع بالتجريد، حيث أجاز للدائن أن يرجع على الكفيل، أو على المدين أيهما شاء، وبناءً عليه فقد ساوى المشرع اليمني كذلك بين الكفيل والمدين، وأجاز للدائن أن يرجع على الكفيل أو المدين أيهما شاء([1]). لذلك فقد غاب النص التشريعي الذي ينظم الدفع بالتجريد في التشريع اليمني .

ويخلص مما تقدم أن الدفع بالتجريد قد اكتسب أهميته لدى التشريعات المقارنة، بدءاً بمجوعة (جوستنيان) في القانون الروماني وانتهاءً بالتشريعات الوضعية الحديثة، التي عكست وجهة نظرها لمركز الكفيل.

رأينا فيما تقدم بأن الحكمة الأساسية من الدفع بالتجريد هي حماية للكفيل خصوصاً إذا لم يتمسك بالدفع بعدم مطالبته قبل مطالبة المدين وصدور حكم ضده، فقد منحه المشرع في كثير من التشريعات فرصة أخرى يكون له بموجبها أن يتمسك بالدفع بالتجريد عندما يبدأ الدائن بالتنفيذ عليه، وبذلك يكون المشرع لم يحرمه من فرصة المحافظة على أمواله.

لقد شرع القانون في كثير من الدول الدفع بالتجريد لمصلحة الكفيل الشخصي العادي فقط، وهذا ما أكدته نصوص التشريعات المدنية العربية الحديثة المشار إليها آنفاً في مستهل هذا المطلب، وعليه فهل يجوز للكفيل أو المدين المتضامن أن يتمسك بالدفع بالتجريد؟. وللإجابة عن ذلك فلا بد لنا من الرجوع إلى فكرة التضامن وطبيعته، فنجدها لا تجيز للكفيل المتضامن أو المدين المتضامن أن يتمسك بتجريد كفيل متضامن مع المدين أو مدين متضامن معه، وسبب ذلك

---

(1) هذا هو حكم القانون الفرنسي في المواد 2021–2024 من القانون المدني التي اعترفت للكفيل بحقه بالدفع بالتجريد والمادة 797 مدني ليبي والمادة 760 مدني كويتي والمادة 1498 مدني تونسي والمادة 670 مدني سوداني.

([1]) هذا ما نصت عليه المادة 1032 من القانون المدني اليمني.

لأن كلاً من الكفيل المتضامن والمدين المتضامن يكونان مسؤولين عن الدين المكفول مسؤولية كاملة وبنفس المقدار أو الدرجة([1]).

إذن للكفيل غير المتضامن أن يتمسك في أي وقت يكون مناسباً بالدفع بالتجريد ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عن هذا الدفع، وعليه فلا يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بالدفع بالتجريد إلا إذا كان هناك اتفاق يعطيه حق التمسك به، لأن تضامن الكفيل مع المدين يجيز للدائن أن ينفذ بالدين المكفول على أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولاً، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحق الدفع بالتجريد وهذه ميزة هامة لتضامن الكفيل مع المدين([2]).

فالتضامن الذي لا يجيز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد هو التضامن مع المدين. فإذا كان الكفيل متضامناً مع غيره من الكفلاء فإن ذلك لا يمنعه من التمسك بالدفع بالتجريد بما انه غير متضامن مع المدين، لذلك فإن تضامن الكفيل مع المدين لا يؤثر على حق كفيل الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد قبل الكفيل إذا لم يكن متضامناً معه. أما تضامن الكفيل مع المدين يمنع كفيل الكفيل ولو لم يكن متضامناً مع المدين من الدفع بتجريد المدين ما دام أن الكفيل لا يستطيع أن يدفع بتجريد المدين، و إلا لترتب على وجود الكفيل الانتقاص من حقوق الدائن([3]).

هذا عن الكفيل المتضامن، أما بالنسبة للكفيل في الكفالة القضائية والقانونية، فقد مر معنا سابقاً في مكان متقدم من الدراسة بأن الكفيل في الكفالة القضائية والقانونية يعتبر متضامناً مع المدين بنص القانون، وبناء عليه فلا يجوز للكفيل في كلتا النوعين من الكفالة التمسك بالدفع بالتجريد، ذلك ما تقضي به طبيعة التضامن، إلا إذا اشترط الكفيل لنفسه حق التمسك بالدفع بالتجريد فقد نصت المادة 795 من القانون المدني المصري على أنه: ((في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين)) كما جاء في المادة 761 من القانون المدني السوري على أنه: ((في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين))([4]).

حيث أن طبيعة التضامن لا تمنع الكفيل المتضامن من التمسك بالدفع بالتجريد إذا تم الاتفاق على أن يكون له حق التمسك بالتجري

([1]) هذا ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني المصري والمادة 759 من القانون المدني السوري والمادة 1069 من قانون الموجبات والعقود اللبناني موافقة للنصوص السابقة والمادة 802 مدني ليبي مطابقة والمادة 1031 مدني عراقي موافقة والمادة 675 مدني سوداني مطابقة.

([2]) السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ج10، ص 416، فقرة 56.

([3]) منصور – مصطفى منصور، عقد الكفالة، ص 83 و 84.

([4]) يقابل هذه النصوص المادة 1069 من قانون الموجبات والعقود اللبناني و المادة 1030 مدني عراقي والمادة 677 مدني سوداني والمادة 766 مدني كويتي والمادة 804 مدني ليبي والمادة 776 مدني أردني.

إن ما ينطبق على المدين المتضامن ينطبق على كفيل الكفيل المتضامن، وبناءً عليه فيكون لكفيل الكفيل حق التمسك بالدفع بالتجريد إذا لم يكن متضامن مع الكفيل والمدين، أما إذا كان كفيل الكفيل متضامن مع الكفيل والمدين فإنه والحالة هذه لا يجوز له التمسك بالدفع بالتجريد، كما لا يجوز له التمسك بالدفع بعدم مطالبته قبل مطالبة المدين، إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف، وذلك لأن ما يقاس على الكفيل يقاس على كفيل الكفيل فيما إذا كان متضامن أم غير متضامن.

فكما تقدم معنا بأن الكفيل الشخصي فقط هو الذي له حق التمسك بالدفع بالتجريد، فماذا عن الكفيل العيني فهل يجوز له التمسك بالدفع بالتجريد أم لا ؟.

لقد ميزت معظم التشريعات بين الكفيل الشخصي والكفيل العيني، فمنحت الكفيل الشخصي حق التمسك بالدفع بالتجريد صراحة، في حين أن الكفيل العيني لم يمنح حق التمسك بالدفع بالتجريد باعتباره راهناً، فقد نص المشرع المصري في المادة 1050 من القانون المدني المتعلقة بالرهن الرسمي على أنه: ((إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك)).

كذلك نصت المادة 901 من القانون المدني الجزائري على أنه: ((إذا كان الرهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله، إلا على ما رهن من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي ذلك)).

وكذلك جاء في المادة 1340 من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه: ((إذا كان الراهن كفيلاً عينياً فلا يجوز اقتضاء الدين من غير العقار المرهون وليس له أن يطلب الرجوع على المدين قبل التنفيذ على عقاره)).

فهذه التشريعات ترى أن الكفيل العيني، وهو من رهن ماله ضماناً لدين غيره، لا يحق له التمسك بالدفع بالتجريد كالكفيل الشخصي، لأن الكفيل الذي عينته نصوص القانون في عقد الكفالة، هو الذي يلتزم شخصياً، وفي جميع أمواله بوفاء الالتزام.

يختلف الكفيل العيني عن الكفيل الشخصي في أن مسؤولية الكفيل العيني عينية ومحددة، فهو لا يسأل عن الدين الذي كفله إلا في حدود المال الذي رهنه، ومعنى ذلك أنه لا يجوز للدائن التنفيذ على الأموال الأخرى المملوكة للكفيل العيني في حالة عدم كفاية المال المرهون، في حين أن الكفيل الشخصي على العكس من ذلك، لأنه يضم ذمته إلى ذمة المدين، فيكون للدائن الحق في

التنفيذ على أي مال من أموال الكفيل الشخصي، وذلك تطبيقاً لقاعدة أن أموال المدين كلها ضامنة للوفاء بديونه[1] .

وبناءً عليه فلا يجوز للكفيل العيني أن يتمسك بالدفع بالتجريد، وذلك تغليباً لفكرة الرهن على فكرة الكفالة، كما أن المشرع العربي لم يشأ أن يجعل الرهن الذي يقدمه شخص آخر غير المدين، أخف أثراً من الرهن الذي يقدمه المدين، وهذا ما أكدته مواد التشريعات المشار إليها آنفاً والتي تتلخص إلى أن الكفيل لا يمكن له أن يطلب الدفع بالتجريد إلا إذا وجد اتفاق يعطيه هذا الحق.

يرى جانب من الفقه[2] ونحن نؤيدهم في ذلك إلى أن المنطق يقتضي التسوية في التمسك بهذا الدفع، بين كل من الكفيلين الشخصي والعيني، وأن حرمان الكفيل العيني من التمسك بالدفع بالتجريد ليس قائماً على أساس منطقي أو حتى قانوني، والسبب في ذلك لأن الكفيل الشخصي كالكفيل العيني، من حيث تبعية التزام كل منهما، فهو التزام تابع، ويتمثل الفرق بينهما في أن مسؤولية الكفيل العيني تكون في حدود المال المرهون كما أسلفنا، أما مسؤولية الكفيل الشخصي، فتكون في كل ذمته المالية. إلا أن النتيجة واحدة وهي التزام كل منهما بوفاء دين ليس عليه، لذلك فلا سبب لحرمان الكفيل العيني من حق الدفع بالتجريد لعدم مراعاة مقتضيات العدل والإنصاف والاقتصاد في الوقت والنفقات التي تم مراعاتها عند تقرير حق الدفع بالتجريد لصالح الكفيل الشخصي.

ونلاحظ بأنه لا يوجد ما يبرر حرمان الكفيل العيني من الدفع بالتجريد، للأسباب السابق ذكرها، خصوصاً وأن المبادئ العامة تقضي بأن الكفيل الشخصي لا يجوز له تجريد الكفيل العيني، فكلاهما مسؤول عن وفاء دين غيره، فإذا وفى أحدهما الدين المكفول كان له أن يرجع على الآخر ولكن رجوعه يكون بقدر نصيبه من الكفالة، وبناءً على ذلك فلا يجوز القول بتجريد الكفيل العيني ومن ثم يرجع هذا الأخير بما وفاه من دين على الكفيل الشخصي.

للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد بمواجهة المدين المكفول فقط، فهذا المدين قد يكون متضامناً، وقد يكفل الكفيل أكثر من مدين في نفس الوقت، وقد يكون هناك أكثر من مدين ويكفل الكفيل أحدهم دون البعض الآخر، وقد يكفل الكفيل مع غيره من الكفلاء مديناً واحداً أو أكثر من مدين متضامنين أو غير متضامنين.

وعليه فقد أعطى القانون للكفيل حق الدفع بتجريد المدين الذي كفله، إذا كان قد كفل مديناً واحداً، أما إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين وكفلهم جميعاً نفس الكفيل نفسه كان لهذا الكفيل

---

(1) سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق، ص 68.

(2) رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 153، ومنصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 83.

الدفع بتجريدهم جميعاً، وكذلك الحال فيما إذا كفلهم جميعاً في الوقت نفسه وكانوا غير متضامنين، وإذا كفل الكفيل بعضهم دون البعض الآخر كان له الدفع بتجريد من كفلهم دون الآخرين، أي لا يجوز للكفيل الذي كفل أحدهم أن يطلب تجريد غير الكفيل الذي كفله.

أما إذا تعدد الكفلاء لمدين واحد وكانوا متضامنين، فلا يجوز للكفيل الذي باشر الدائن بالتنفيذ على أمواله أن يدفع بتجريد الباقين رغم وجود التضامن[1]. وعليه فيحق لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد الكفيل والمدين الأصلي المكفول.

(1) أبو السعود ــ رمضان ، مرجع سابق، ص 167.

الفرع الثاني

شروط الدفع بالتجريد

إن الدفع بالتجريد كالدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولا ، وللتمسك به اشترطت غالبية التشريعات العربية المدنية شروطاً للتمسك بالدفع بالتجريد هي:

1. أن يتمسك الكفيل بحق التجريد
2. ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد
3. أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين.
4. أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين تفي بكل الدين.

فهذه الشروط قد نصت عليها المادة 789 من القانون المدني المصري ويقابل هذه المادة في التشريعات المدنية العربية: المواد 1072 و 1074 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تتفق في مجموعها مع التشريعات العربية بهذا الخصوص. و المادة 755 من القانون المدني السوري. و المادة 2/660 من القانون المدني الجزائري. و المادة 798 من القانون المدني الليبي. و المادة 1022 من القانون المدني العراقي. و المادة 671 من القانون المني السوداني. و المادة 1498 من القانون المدني التونسي. ولابد لنا من بحثها بشيء من التفصيل وعلى النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يتمسك الكفيل بحق التجريد:

فكما تقدم بأن الدفع بالتجريد هو دفع مقرر لمصلحة الكفيل فقط، ولا يتعلق بالنظام العام، فحتى يستطيع الكفيل الاستفادة منه لابد له وان يتمسك به، فالقاضي لا يقضي به من تلقاء نفسه كونه ليس من النظام العام ويتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية.

فهذا الشرط نصت عليه غالبية التشريعات العربية المدنية، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 788 من القانون المدني المصري أنه: " ..... ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق ",وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 660من القانون المدني الجزائري فقد نصت على أنه : " لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب

عليه في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق " و يقابل هذه النصوص التشريعات العربية التالية: المادة 1072 موجبات وعقود لبناني، و المادة 754 مدني سوري، والمادة 1021 مدني عراقي، والمادة 670 مدني سوداني، و المادة 760 مدني كويتي، و المادة 797 مدني ليبي، و المادة 1498 مدني تونسي.

وعليه فإن الدفع بالتجريد حق مقرر لمصلحة الكفيل وليس من النظام ، الأمر الذي يمنع القاضي من أن يحكم به من تلقاء نفسه.

أما وقت التمسك بالدفع بالتجريد، فإن كثير من التشريعات العربية لم تحدد وقت التمسك بالدفع بالتجريد كما فعل المشرع الفرنسي في المادة 2022من القانون المدني التي تلزم الكفيل بأن يتمسك بالدفع بالتجريد عند الإجراءات الأولى وقبل التعرض الموضوع الدعوى وإلا اعتبر متنازلاً عن هذا الدفع[2] .

وكذلك المشرع اللبناني فقد حدد للكفيل وقت التمسك بالدفع بالتجريد عند بعد الحاكم، حيث نصت المادة 1072 من قانون الموجبات و العقود اللبناني على أنه : " يحق للكفيل أن يطلب من الدائن في بدء المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس أن يراعي أولاً المدين الأصلي في أمواله المنقولة وغير المنقولة، .... " وعليه فإن كل من المشرع الفرنسي واللبناني حدد للكفيل وقت التمسك بالدفع بالتجريد على وجه الالتزام و إلا عدّ الكفيل متنازلاً عن هذا الدفع، فإذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد عند بدء المحاكمة وقبل التعرض للموضوع سقط حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع، عكس ما فعلت غالبية التشريعات العربية التي أغفلت النص على وقت التمسك الكفيل بهذا الدفع تاركة المجال مفتوحاً لاجتهاد الفقهاء بين مؤيد ومعارض لوقت التمسك به

فعند استقراء النصوص العربية بهذا الخصوص نجد بأنها نصت على الدفع بالتجريد بعد النص على الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين، هذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن المشرع العربي قد فرق بين الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين والدفع بالتجريد، وبمعنى أدق فقد ميز بين مطالبة الكفيل والتنفيذ على أمواله فقد وضع لكل حالة من هذه الحالات وضعاً خاصاً بها، فجعل الدفع بالتجريد الذي نحن بصدد دراسته خاص بالتنفيذ على أموال الكفيل، في حين أنه جعل الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين، محصوراً بالمطالبة فقط، وعليه فلا يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد بمجرد أقامة الدعوى ضده من قبل الدائن، بل لابد من اتخاذ إجراءات التنفيذ على أمواله.

---

(2) سعد ــ نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص 310.

فالتشريعات العربية لم تأت بنص يقابل النص الفرنسي و اللبناني، فالمشرع الفرنسي لم يعرف الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولاً ولا يعرف إلا الدفع بالتجريد ولم يراع وجود مرحلتين لرجوع الدائن على الكفيل، مرحلة التقاضي ومرحلة التنفيذ بل نظر إليهما باعتبارهما مرحلة واحدة لهذا السبب أوجب على الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد عند بدء التقاضي وإلا اعتبر الكفيل قد اسقط حقه في التمسك بهذا الدفع[1] . أما المشرع اللبناني فقد جعل الدفع بالتجريد يتناول أيضاً مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولاً، أي يشمل الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً وهذا ما أكدته المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

لذلك فقد وجد خلاف فقهي في مصر حول وقت التمسك بالدفع بالتجريد وحول جواز الأخذ بالحكم الفرنسي واللبناني أو عدمه، فذهب البعض[2] إلى عدم جواز تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في أثناء نظر الدعوى، بينما ذهب البعض الآخر وهو الرأي المراجع[3]. إلى عدم التقيد بما جاء في الحكم الفرنسي واللبناني، ولا يوجد ما يمنع الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد في المرحلة الأولى، مرحلة التقاضي، إذا كانت الدعوى مقبولة قانوناً ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يحكم بإلزام الكفيل بالدين، على ألا ينفذ الدائن على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين.

وفي هذا المقام يتأيد الرأي الراجع ليس لأنه رأياً راجحاً بل لانعدام النص على وقت التمسك بالدفع بالتجريد كما هو الحال في التشريع الفرنسي واللبناني اللذين حددا وقت التمسك عند بدء المحاكمة . عدا عن أن هدف الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد هو منع الدائن وعدم السماح له بالتنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين، وذلك لا يؤثر في حقيقة الحال على سير الدعوى المقامة على الكفيل من قبل الدائن، وبالتالي لا يوجد ما يمنع الكفيل من إبداء هذا الدفع أثناء نظر الدعوى ويكون في نتيجة الحكم إلزام الكفيل بالدين مع عدم جواز التنفيذ على أمواله إلا بعد التنفيذ على أموال المدين وتجريده منها، حيث أن رجوع الدائن على الكفيل فكأنه أراد التنفيذ على حال هذا الكفيل.

الشرط الثاني: ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد

تبين لنا مما سبق أن غالبية التشريعات قد اشترطت على الكفيل للتمسك بالدفع بالتجريد أن لا يكون قد تنازل عن هذا الدفع وإلا سقط حقه في التمسك به، فكما تقدم فإن الدفع بالتجريد ليس من النظام العام ، فهو حق خاص مقرر لمصلحة الكفيل، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن

---

(1) تناغو ــ سمير عبد السيد ، مرجع سابق ، ص 072

(2) مرقس ــ سليمان ، مرجع سابق ، ص 89 وجمال الدين زكي، مرجع سابق ص 116.

(3) تناغو ــ سمير عبد السيد ، مرجع سابق ، ص 72 ومنصور ــ مصطفى منصور، مرجع سابق، 86 و سعد ــ نبيل ابراهيم ، مرجع سابق، ص 312.

تقضي به من تلقاء نفسها، وفي الوقت نفسه للكفيل التنازل عن هذا الدفع، سواء عند انعقاد الكفالة أو بعد انعقادها وغالباً ما يكون عند انعقاد الكفالة، ولكن متى يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التمسك بهذا الدفع ؟.

من المعلوم أن التنازل قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، والتنازل في الواقع العملي غالباً ما يتم بشكل صريح وعند انعقاد الكفالة، مثال ذلك كأن يشترط الدائن على الكفيل أن يتنازل عن حقه في الدفع بتجريد المدين، وقد يكون ذلك في عقد الكفالة ذاته أو في اتفاق لا حق مكتوب، فإذا تم التنازل بشكل صريح فإن حق الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد يسقط.

كما أن حق الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد يسقط أيضاً، إذا تنازل عنه تنازلاً ضمنياً،ومثال ذلك كأن يقوم الدائن بالتنفيذ على أمواله ويقطع شوطاً في ذلك دون أن يتمسك الكفيل بحقه بتجريد المدين أولاً، فيفسر سكوته في تلك المرحلة عن التمسك بهذا الدفع تنازلاً ضمنياً منه.

فالتنازل الضمني يستنتج تبعاً للظروف والوقائع ومن تأخر الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد عند مطالبته[1]، كأن يقوم الكفيل بدفع الدين المكفول فوراً إذا لم يدفعه المدين عند حلول أجله، أو عند تخلف المدين عن الدفع.

إذاً فمسألة كون التنازل ضمنياً أو غير ذلك مسألة موضوعية يعود تقديرها للقاضي[2]، حيث أن تنازل الكفيل عن حقه بتجريد المدين يحرمه من التمسك به بعد ذلك، كما يسقط حق الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد، إذا صدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عن هذا الدفع[3] .

فإذاً يشترط للتمسك بالدفع بالتجريد أن لا يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن هذا الدفع، فهو حق مقرر لمصلحته وبالتالي فإن له أن ينزل عنه ولا يجوز له بعد هذا النزول استعماله.

بالنسبة لكفيل الكفيل فإن ما يسري على الكفيل الأصيل بخصوص التنازل يسري عليه أيضاً إذا كان التنازل من جانبه ، ولكن لا بد لنا من معرفة مدى تأثير تنازل الكفيل الأصيل على كفيل الكفيل،إلا أننا وجدنا بأن الأمر الحاسم في هذا الموضوع هو وقت نشوء التزام كفيل الكفيل.

---

(1) يكن – زهدي ، مرجع سابق، ص 279.

(2) السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ج10، ص 119.

(3) قرار نقض مصري مشاري اليه في عبد الخالق حسن، مرجع سابق ص 150، هامش 4.

فإذا تنازل الكفيل عن حقه في التمسك بتجريد المدين، فإن تنازله لا يسقط حـق كفيـل الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد ولا يمنعه من التمسك به تجاه المدين و تجاه الكفيـل كـذلك. بشرط أن يكون التنازل بعد نشوء التزام كفيل الكفيل[1].

وعليه فإذا تنازل الكفيل عن حقه في تجريد المدين ، بعد نشوء التزام كفيل الكفيل أي في عقد الكفالة ذاته يحرم كفيل الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد في مواجهة المدين والكفيل كذلك، لأن كفيل الكفيل يعلم بنزول الكفيل عن حقه بتجريد المدين وهذا طبعاً يسري في حق كفيل الكفيل أيضاً، إلا إذا اشترط لنفسه حق التمسك بالتجري

أما إذا تنازل الكفيل الأصيل عن حقه في تجريد المدين قبل نشوء التزام كفيل الكفيل أي بعد انعقاد الكفالة أو في اتفاق لاحق لا يعلمه كفيل الكفيل، فإن هذا التنازل لا يسقط حـق كفيـل الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد[2] ، فله أن يطلب تجريد المدين وله كذلك حق طلـب تجريـد الكفيل، فتنازل الكفيل في تلك الحالة لا يحرمه من طلب التجريد ولا يسقط حقه في التمسك به.

الشرط الثالث: أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين .

تبين لنا من خلال دراستنا للدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المـدين، بـأن للـدائن الرجوع على الكفيل المتضامن ومطالبته بالدين المكفول قبل مطالبة المدين بالدين، وأن الكفيل

في هذه الحالة ليس له أن يدفع مطالبة الدائن له بوجوب مطالبة المدين أولاً قبل مطالبته، و رأينا كذلك بأن الدائن في حالة تضامن الكفيل مع المدين مخير في الرجوع إن شـاء طالـب الكفيل وإن شاء طالب المدين، وإن مطالبته لأحد هما لا تمنعه من مطالبة الآخر بعد ذلـك، وإن للدائن مطالبتهما معاً في دعوى واحدة بنفس الوقت.

أما بخصوص الدفع بالتجريد فنجد أن التشريع قد أجمع على حرمان الكفيل المتضامن من حق التمسك بالتجريد المدين، فقد نصت المادة 793 من القانون المدني المصري على أنـه:" لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد " [1]. حيث أن طبيعة التضامن تعطي الحق للدائن في مطالبة أي من المدنيين المتضامنين بدون تميز، وبالتالي لا يجوز لأي منهم أن يطلب التمسك بالتجريد .

---

(1) منصور ــ مصطفي منصور، مرجع سابق، ص 87.

(2) يحي ــ عبد الودود، مرجع سابق، ص 71.

(1) هذا ما نصت عليه المادة 759 من القانون المدني السوري وكذلك المادة 802 مدني ليبي والمادة 675 مدني سوداني والمادة 665مدني جزائري، بالنسبة للمشرع اللبناني والعراقي فقد أتيا بحكم موافق للمواد المشار إليها في المادة 1069 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة 1037 مدني عراقي .

فالدائن يجوز له أن ينفذ مطالبته على أموال الكفيل المتضامن مع المــدين أولا ً ، ولا يملك هذا الكفيل أن يتمسك تجاه الدائن بتجريد المدين أولا ً[2].

بالنسبة للفقه فقد ثار خلاف حول مدى تأثير اشتراط الكفيل المتضامن لنفسه حق التمسك بالدفع بالتجريد رغم تضامنه ، فقد ذهب البعض إلى أنه يجوز للكفيل المتضامن أن يشترط لنفسه حق التمسك بالدفع بالتجريد رغم تضامنه مع المدين، ويرون كذلك أنه لا يوجد ما يمنع الكفيــل المتضامن من الاشتراط لنفسه حق التجريد رغم تضامنه[3].

وذهب البعض الآخر إلى أنه لا يجوز للكفيل المتضامن أن يشترط لنفسه حق التمــسك بالدفع بالتجريد، لأن فكرة التضامن غير متصورة إلا إذا كان من حق الدائن أن يرجع وأن ينفــذ على أي مدين يتخيره، ويرى كذلك بأن الاتفاق على احتفاظ الكفيل المتضامن بالحق في التمسك بالتجريد رغم تضامنه مع المدين، لا يجعل الكفيل متضامناً في الواقع[4].

ومما يؤيد الرأي الثاني ما يلي:

أولا ً : كون هذا الرأي يعبر عن إرادة المشرع العربــي الــصريحة فــي أن الكفيــل المتضامن لا يجوز له التمسك بالتجري

ثانياً : لأن هذا الرأي لا يتعارض مع مضمون التضامن ويتفق مع أحكامه، عكس الرأي الأول الذي يتعارض مع فكرة التضامن ولا يتفق مع أحكامه، فهو يؤدي إلى إلغاء فكرة التضامن ويتعارض معها.

ثالثا : لأن القول بجواز احتفاظ الكفيل المتضامن بالحق بالتجريد يؤدي إلى فقدان القيمة القانونية للنصوص التشريعية، فالحكمة من هذه النصوص المشار إليها تستنتج ليس مــن أحكــام الكفالة في حد ذاتها، وإنما فيما يتعلق بوقت رجوع الدائن على الكفيل، فالدائن له حق الرجــوع على الكفيل المتضامن مباشرة دون أن يكون لهذا الكفيل الحق في التمسك بالدفع بالتجريد، لــذلك فالرأي الأول يؤدي إلى تعطيل الحكمة والغاية من النصوص المتعلقة بالتضامن.

رابعاً : لأن الكفيل في حالة التضامن يكون قد تنازل ضمناً عن حق التمسك بالتجريــد، كونه قد قبل أن يكون متضامناً مع المدين الأصلي، عدا عن أن طبيعة التضامن تعطــي للــدائن

---

(2) السنهوري، عبد الرزاق ، الوسط ، ج1، ص 416 وجمال الدين، مرجع سابق ص 18 والمستشار طلبه ــ أنو ، الوسيط ، ج 2، ص 1120.

(3) منصور ــ مصطفى منصور ، عقد الكفالة، ص 84وما بعدها و سلامة ــ أحمد ، مرجع سابق، ص69و مرقس ــ سليمان ، مرجع سابق، ص 114 وما بعدها و فرج ــ توفيق حسن ، مرجع ســابق ص 60 ومــا بعدها، و عبد الباقي ــ عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص 150و سعد ــ نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص 308.

(4) تناغو ــ سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص66 وما بعدها.

الحق في مطالبة أيا من المتضامنين بالدين كله و دون اشتراط مطالبة سائر المتضامنين، وهـذه أهم ميزة لتضامن الكفيل مع المدين، ومن أجل ذلك جعل الكفيل متضامناً مع المدين، فأي اتفاق خلاف ذلك يجعل التضامن لا فائدة منه، ويخالف مفهوم التضامن.

خامساً : لأن التجريد رخصة تعطي الكفيل غير المتضامن الحق في أن يمنع التنفيذ على أمواله إلا بعد تعذر استيفاء الدائن حقه من المدين.

سادساً : لأن الحكمة من حرمان الكفيل المتضامن مع المدين من التمسك بالدفع بالتجريد هي أن للدائن الحق في حالة التضامن بين المدنيين أن ينفذ بكل الدين على أي مدين متـضامن، وعليه فالكفيل الغير متضامن مع المدين له حق الدفع بجريد المدين.

سابعاً : لأن الكفيل المتضامن يكون بحكم المدين المتضامن من حيث وقت وجواز مطالبة الدائن له بكل الدين، ودون إلزام الدائن بالرجوع على المدين أولاً أو اختصام المدين في دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين، إذاً فالتضامن الذي يمنع الكفيل من التمسك بالتجريد هو الذي يكون بينه وبين المدين.

ثامناً : لأن ما ذهب إليه الرأي الأول في أحقية الكفيل المتضامن من الاشتراط لنفسه حق التمسك بالتجريد رغم تضامنه يؤدي إعطاء الكفيل في الكفالة القضائية والكفالة القانونيـة حـق التمسك بالدفع بالتجريد، على اعتبار أن الكفيل فيهما يعتبر متضامناً بنص القانون، الأمر الـذي يترتب عليه نفي فكرة التبعية عن الكفالة وإفقادها مضمونها و معناهـا، ومخالفـة النـصوص التشريعية والتوسع في تفسيرها أكثر ما تحتمل .

تاسعاً : لأن غالبية النصوص التشريعية العربية المدنية بهذا الخصوص، تقضي بأنـه لا يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بالدفع بالتجريد، مما يعني أن الكفيل المتضامن قد تنازل عـن حقه في التمسك بهذا، وبالتالي لا يجوز له التمسك في مواجهة الدائن.

عاشراً : لأن هذا الرأي يتفق مع المسؤولية التضامنية حيث تقضي طبيعة التـضامن أن يكون الكفيل المتضامن مسؤولا عن كل الدين، وبنفس الوقت تعطي للدائن أن يرجع أو أن ينفـذ على أي من المدنيين، فيحق له أن ينفذ على أموال الكفيل قبل المدين، وله كذلك أن يرجع عليهما معاً في دعوى واحدة في الوقت ذاته ، كما أن طبيعة التضامن تقضي أنه إذا أراد الدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل المدين وجب على الكفيل أن يوفي للدائن كل الدين، دون أن يكـون لهـذا الكفيل حق التمسك بالدفع بالتجريد، لأن هذا الدفع كما سبق أن ذكرنا يكون للكفيل غير المتضامن مع المدين المتمسك به وغير المتنازل عنه، فإذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين و تنازل عن حقه في التمسك بالتجريد سقط حقه في التمسك به كما رأينا عند بحث الشرط السابق.

وانطلاقاً من فكرة التضامن لا بد لنا من بيان أثر التضامن على حق الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد في حالة تعدد كل من المدينون و الكفلاء وكذلك اثر تضامن المدين مع الكفيل على كفيل الكفيل.

الحالة الأولى: تعدد المدينين المتضامنين .

فإذا تعدد المدينون في عقد الكفالة وكانوا جميعاً متضامنين فيما بينهم، وكفل الكفيل أحدهم دون أن يكون متضامناً معه، كأن لهذا الكفيل أن يطلب تجريد من كفله دون غيره، أي أن حق الكفيل في الدفع بالتجريد يكون تجاه المدين الذي كفله فقط، في حين أنه إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم و كفلهم جميعاً كفيل واحد، كان له أن يتمسك بالدفع بالتجريد تجاه كل منه، وهذا ما تقتضيه طبيعة التضامن.

أما إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين، وكفلهم كفيلان أحدهما متضامن مع المدينين والآخر غير متضامن معهم، فلا يجوز للكفيل غير المتضامن مع المدينين أن يطلب تجريد الكفيل المتضامن[1].

الحالة الثانية : تضامن الكفيل مع غيره من الكفلاء .

فإذا تعدد الكفلاء وتم التضامن بين كفيل وغيره من الكفلاء، فإن ذلك لا يمنع أياً منهم من التمسك بتجريد المدين، ما دام أنه غير متضامن مع المدين[1]. لأن تضامنهم على هذا الشكل يؤدي فقط إلى عدم تقسيم الدين في رجوع الدائن على أي منهم.

وبناءً عليه فإذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين جميعاً مع المدين، فلا يجوز لأي منهم التمسك بالدفع بالتجريد ، لان صفة التضامن تجعل كل منهم بمركز المدين الأصلي عدا عن تنازله عن حقوقه ككفيل ، فالدفع بالتجريد كما سبق أن ذكرنا دفع شخصي خاص بالكفيل دون غيره .

الحالة الثالثة: تضامن الكفيل مع المدين وأثره على كفيل الكفيل.

اختلف الفقه في ذلك حيث ذهب البعض[2] إلى أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد الكفيل الأصيل، وفي الوقت نفسُه لا يحق لكفيل الكفيل أن يطلب تجريد المدين، وحجتهم في ذلك أن الكفيل الأصيل نفسه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع ، وحتى لا يترتب على وجود كفيل الكفيل الانتقاص من حقوق الدائن.

---

(1) عبد الباقي ــ عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص 146.

(1) منصور ــ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 84.

(2) منصور ــ مصطفى ، مرجع سابق، ص84 ع يحي ــ بد الودود ، مرجع سابق ، ص 63 و تناغو ــ سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص 67 و لشرقاوي ــ جميل ا، مرجع سابق، هامش 2ص 86.

في حين ذهب البعض الآخر[3] الذي نؤيده إلى أنه يجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك بتجريد الكفيل أو بتجريد المدين كونه غير متضامن مع أي منهم، وحجتهم في ذلك أن دفوع كفيل الكفيل مستقلة وله أن يدفع بالتجريد تجاه كل من المدين والكفيل المتضامن، وأن تضامن الكفيل مع المدين لا يحرم كفيل الكفيل من دفوعه إلا إذا كان متضامناً، وأن التضامن لا يفترض ولا يتوسع في تفسير نصوصه.

وبناء عليه فإن أثر تضامن المدين مع الكفيل على كفيل الكفيل هو على النحو الأتي:

- إذا كان الكفيل الأصيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز لكفيل الكفيل المتضامن معهما أن يطلب تجريد أي منهما، كونه يعلم بأن الكفيل الأصيل ليس له حق التمسك بالدفع بالتجريد وحتى لا تكون حقوقه أكثر من حقوق مدينه نفسه (الكفيل).
- إذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل الأصيل مع المدين، كان له أن يطلب تجريد الكفيل الأصيل والمدين.
- إذا كان الكفيل الأصيل غير متضامن مع المدين ، وكان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل الأصيل فقط دون المدين، كان لكفيل الكفيل أن يطلب تجريد الكفيل الأصيل فقط دون المدين كونه غير متضامن معه.

الشرط الرابع: أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله:

المشرع العربي بخصوص شروط الدفع بالتجريد لم يكتف بان يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد، وأن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، وأن لا يكون الكفيل قد تنازل عن الدفع بالتجريد، بل أوجب على الكفيل أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله، بحيث يمكن تجريده منها واستيفاء الدائن حقه من ثمنها.

فهذا الشرط أخذت به غالبية التشريعات المدنية العربية، فقد نصت المادة 1/789 من القانون المدني المصري على أنه: ((1- إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله. 2-..........)).

وهذا ما جاء في المادة 1074 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، فقد نصت على أنه: ((إن الكفيل الذي يتشبث بتقديم مداعاة المديون يجب عليه أن يبين للدائن أموال المديون الأصلي

---

(3) سلامة ــ أحمد ، مرجع سابق، ص 70. و سعد ــ نبيل ، مرجع سابق، ص 308.

وأن يتكفل بالمصاريف اللازمة للتنفيذ))[1]. أما المادة 1073 من ذات القانون فقد نـصت علـى شروط هذه الأموال بشكل صريح أكثر من غيرها.

كما تبين من خلال ما جاء في المواد المشار إليها أنفا أنه يشترط في أموال المدين التي يرشد عنها الكفيل الشروط التالية وهي:

أولا: أن يكون لدى المدين أموال كافية للوفاء بكل الدين المكفول:

يجب أن تكون الأموال التي يرشد عنها الكفيل كافية للوفاء بالدين المكفول كله، وذلـك تمشياً مع النصوص القانونية بهذا الخصوص، وكذلك مع المبادئ العامة التي لا تلزم الدائن بقبول الوفاء الجزئي لحقه.

فإذا كانت أموال المدين غير كافية لوفاء كل دين الدائن، فإن الدفع بالتجريـد، لا يحقـق الغرض منه، وذلك لأن الدائن لا يستوفي إلا جزءاً فقط من الدين، الأمر الذي يترتب على هـذا الرجوع تأخيره في استيفاء حقه.

ويرى جانب من الفقه المصري، أنه يجب ألا يحرم الكفيل من الدفع بالتجريد، إذا أرشد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بجزء كبير من الدين المكفول، لاختفاء الضرر، إذ يحق للدائن أن يطالب الكفيل بأداء الجزء المتبقي من الدين في الحال[2] .

ولا يفوتنا هنا أن نشير إلى أن القانون المدني الفرنسي في المادة 2023 منه، لا يشترط سوى الإرشاد عن أموال المدين حتى يسهل التنفيذ عليها، فالمشرع الفرنسي أكتفى بأن يدل الكفيل الدائن على أموال للمدين ذات قيمة ولو لم يكن التنفيذ عليها كافيا لوفاء الدين كله، وهذا لا يلحق بالدائن ضررا جسيماً من جراء الوفاء الجزئي ، لأن الدائن إذا لم يستوف كل حقه مـن تجريـد المدين كان له أن يستوفي الباقي من الكفيل.

وعليه فيكون الدفع بالتجريد في التشريع الفرنسي مقبولاً سواء كانت الأموال التي ارشد إليها الكفيل منقولات أو عقارات ما دام أن التنفيذ عليها لا يتضمن صعوبات خاصـة، كمـا أن العبرة بالقيمة المضافة لهذه الأموال، فإذا كانت هذه الأموال مثقلة برهن أو تأمين عيني آخر، فإن قيمة المال تتحدد بعد خصم الديون المضمونة بهذا التأمين، ومسألة كفاية الأموال أو عدم كفايتها، مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي.

---

(1) يقابل هذه المادة من التشريعات العربية المدنية : المادة 755 مدني سوري. و المادة 1022 مدني عراقـي. والمادة 1498 مدني تونسي. والمادة 761 مدني كويتي. والمادة 661 مدني جزائري. والمادة 798 مدني ليبـي. والمادة 671 مدني سوداني.

(2) زكي ــ محمود جمال الدين ، مرجع سابق، ص 117.

أما المشرع اللبناني فقد أوجب على الكفيل المتمسك بهذا الدفع، أن يعين للدائن أموال المدين التي تصلح للتنفيذ سواء كانت أموالاً منقولة أو غير منقولة، لأن الدائن قد يجهل أن مدينه يملك أموالاً تصلح للتنفيذ عليها، وتكفي لوفاء دينه، فلو كان الدائن يعلم بهذه الأموال لما بدأ بمطالبة الكفيل أولاً.

وبخصوص الوفاء الجزئي يتضح لنا أن فيه مصلحة للدائن، فهو لا يؤدي في الحقيقة إلى إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي، إذا لم تكن أموال المدين التي أرشد إليها الكفيل كافية لوفاء دين الدائن، كونه ينفذ بكل حقه على المدين في حدود ما يملكه، وعلى الكفيل كذلك بالجزء الباقي، فالوفاء الجزئي لا يؤثر على الدائن إطلاقاً ما دام أنه سوف يرجع بالباقي على الكفيل.

بالنسبة للمسألة ازدواجية الإجراءات، فيجب على الدائن أن يقبلها كنتيجة طبيعية، وذلك لوجود مدين أصلي ومدين احتياطي[1]. أضف إلى ذلك أن الدائن قد قبل ذلك فعلاً منذ انعقاد عقد الكفالة.

ثانياً: يجب أن تكون أموال المدين المرشد إليها من قبل الكفيل قابلة للحجز عليها، وذلك بأن لا تكون هذه الأموال مرهونة، وبحيازة الغير، حتى يستطيع الدائن أن ينفذ عليها.

ثالثاً: أن تكون هذه الأموال موجودة داخل أراضي الدولة: فلا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل، إذا كانت تقع خارج أراضي الدولة، وذلك كي " لا يرهق الدائن بإلزامه اتخاذ إجراءات التنفيذ في الخارج " و " لما يكتنف التنفيذ على هذه الأموال من صعوبات"[2].

فالمشرع العربي لا يشترط مثلما اشترط المشرع الفرنسي واللبناني، بأن تكون هذه الأموال واقعة في نطاق محكمة الاستئناف المختصة، حيث يجب أن يتم الوفاء[2].

رابعاً: أن تكون الأموال التي أرشد عنها الكفيل للدائن غير متنازع فيها:

فإذا كانت أموال المدين متنازع فيها، فإن الدائن لا يمكنه أن يحصل على حقه إلا بعد تصفية النزاع القائم، بشأن هذه الأموال، وهذا ما يؤدي إلى إرهاق الدائن، وكذلك تعطيله في الحصول على حقه، وتكبيده وقتاً وعناء النفقات.

---

(1) تناغو ـ سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص 73.

(2) إمام ـ محمد علي ، مرجع سابق، ص 102.

(2) هذا ما أشارت إليه المادة 2023 من القانون المدني الفرنسي والمادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

فنجد أن الرأي الفقهي قد استقر في هذا الخصوص، على أنه ((لا يعتبر المال متنازعـا فيه أن تكون قد قامت بشأنه دعوى أو نزاع جدي، وإنما يكفي أن يستلزم التنفيذ عليه إجـراءات طويلة معقدة "[3].

وعليه فيعتبر مالاً متنازعاً عليه، الحصة الشائعة في عقار، وذلك لأنه لا يمكن التنفيـذ عليها، إلا بعد الفصل في دعوى القسمة، وأضف إلى ذلك أنه إذا كان مال المدين مثقلاً بحقـوق عينية كرهن أو امتياز أو اختصاص[4].

ويكون المال متنازعاً فيه، إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أمام القضاء أو قام في شأنه نزاع جدي، كما لو كان هناك واضع يد على العقار ينازع في ملكية المدين ولم يرفع الأمر إلى القضاء بعد، كما يكون المال متنازعاً فيه إذا كان التنفيذ عليه صعباً ويحتاج إلى إجـراءات طويلة.

ونشير هنا إلى أن المشرع اللبناني بخصوص هذا الشرط كان أكثر وضوحاً من غيره من التشريعات العربية، فهو لا يجيز للكفيل التمسك بالتجريد إذا كانت الأموال التـي تـصلح فيهـا المطالبة موضوعاً للنزاع أو مرهونة تأميناً لديون تستغرق قسماً كبيراً من قيمتها أو كانت غيـر كافية بوجه واضح لإيفاء الدين أو إذا لم يكـن للمدين على هذه الأمـوال إلا حق قابل للإلغاء (المادة 1073 من قانون الموجبات والعقود اللبناني).

فمن خلال ما تقدم نجد أن هناك حالات يكون فيها الإرشاد غير منتج حتى ولـو كانـت الأموال المرشد عنها من قبل الكفيل كافية لوفاء الدين المكفول وهذه الحالات تـسمى صـعوبات التنفيذ وهي:

الحالة الأولى: إذا كانت ملكية المال المرشد إليه قد خرجت أو حتى انتقلت مـن حيـازة المدين إلى حائز آخر، وذلك لأن التنفيذ في مثل هذه الحالة يتطلب إجراءات طويلـة ، وكـذلك معقدة ، ولا فائدة منه.

---

(3) – السنهوري ــ عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 122.
- زكي ــ محمود جمال الدين ، مرجع سابق، ص 118.
- سعد ــ نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص 115.
- مرقس ــ سليمان ، مرجع سابق، ص 104.
- أبو السعود ــ رمضان ، مرجع سابق، ص 176، هامش رقم (1) فقد أدخل في مفهوم المال المتنازع فيه، المال الشائع، حيث لا يمكن التنفيذ عليه إلا بعد الفصل في دعوى القسمة.

(4) – االسنهوري ــ عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 22. بينما يرى محمود جمال الدين زكي، عكس ذلك، بقوله " لا يرى أن الحصة الشائعة تعتبر بالضرورة مالاً متنازعا فيها".

الحالة الثانية: إذا كانت الأموال المرشد عنها تقع خارج نطاق أراضي الدولة المعنية، لأن ذلك يحول دون الوصول إلى الغاية المقصودة من هذا الدفع .

الحالة الثالثة: إذا كان المال المرشد إليه مرهوناً في الدين المكفول ذاته، وذلك لانتفاء الفائدة من الإرشاد.

الحالة الرابعة: إذا كانت الأموال المرشد إليها محملة بحقوق عينية تبعية، تجعل قيمة هذه الأموال غير كافية للوفاء بحق الدائن، إلا إذا كانت هذه الأموال بعد التنفيذ عليها من قبل أصحاب تلك الحقوق تكفي بعد ذلك للوفاء بحق الدائن.

الحالة الخامسة: إذا كان المدين في حالة إعسار ثابت أو في حالة إفلاس، ما يجعل التنفيذ عليه غير ممكناً، وذلك بسبب تزاحم الدائنين.

هذه الحالات إذا توافرت تجعل الدفع بالتجريد من قبل الكفيل تجاه المدين غير مقبول، حتى ولو كانت تلك الأموال المرشد عنها كافية للوفاء بحق الدائن، لذلك يجب أن يكون إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين منتجا، وذلك بأن تكون أموال المدين قابلة للحجز عليها وكذلك غير متنازع عليها وغير مثقلة بحقوق عينية كالرهن وأن تقع داخل نطاق أراضي الدولة المعنية.

بالنسبة لنفقات الإرشاد إلى أموال المدين و نفقات تجريد المدين أي التنفيذ على الأموال التي يرشد عنها الكفيل.

فحسب نصوص التشريعات التي نصت على هذا الشرط نجد بأن الكفيل هو الذي يتحمل نفقات الإرشاد إلى أموال المدين، والسبب في ذلك كونه هو المكلف بهذا الإرشاد وفي الوقت نفسه هو الذي يستفيد من هذا الإرشاد، ومن الأمثلة على هذه النفقات، نفقات استخراج صور مستندات ملكية المدين للأموال التي يرشد عنها، وكذلك كل ما يثبت ملكية المدين.

أما نفقات تجريد المدين أي نفقات التنفيذ على الأموال التي يرشد عنها الكفيل فيتحملها الدائن وحده، ثم يقوم بتحصيلها مع أصل الدين المكفول من أموال المدين ، لان الدائن هو يستفيد بالدرجة الأولى من هذا التنفيذ قبل الكفيل لذلك فالأولى أن يتحمل هو وحده نفقات تجريد المدين .

الفرع الثالث

آثار الدفع بالتجريد

فإذا ما توافرت شروط الدفع بالتجريد، وتم قبول هذا الدفع، فإنه يترتب على هذا القبــول أثران، يتمثل الأثر الأول بعدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أموالــه، أما الأثر الثاني فيتمثل في مسؤولية الدائن عن إعسار المدين المترتب عن عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب، لذلك سوف نقوم ببحث هذه الآثار بشيء من التفصيل علــى النحــو الآتي:

الأثـــــــــر الأول: يترتب على قبول الدفع بالتجريد عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله(1).

فكما تقدم معنا فالدفع بالتجريد يتعلق بمرحلة التنفيذ، ولكننا ل نجد ما يمنع من إبدائه في المرحلة الأولى، مرحلة التقاضي.

فإذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في بداية مرحلة التقاضي ، أي في بداية المرحلة الأولى ، وكانت نتيجة الدعوى أن أصدر القاضي حكم بإلزامه بالدين، وقضي في الوقت نفــسه بعــدم جواز التنفيذ عليه قبل تجريد المدين من أمواله، في هذه الحالة فلا يحق للدائن التنفيذ على أموال الكفيل أولا، وللكفيل كذلك أن يمنعه من التنفيذ على أمواله.

---

(1) **A- Weill, op.cit, on. 29, P.35, Aubry et RAU, op. cit, on. 229, p. 339et p.340,**

-Marty, p. Raynaud, et jestaz :les suretes,la publisite fonciere, (2 eme). cit, t III, vol. I, no. 555, p. 344

-Mazraud, op. cit, t. III, Vol, I no, 30. P. 44-

أما إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في المرحلة الأولى للتقاضي، وحكم بإلزامه بالدين المكفول، في هذه الحالة للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل، وفي الوقت نفسه للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد، فإذا تمسك الكفيل بالتجريد في مرحلة التنفيذ فإن تمسكه يوقف إجراءات التنفيذ على أمواله إذا توافرت شروط هذا الدفع، وللقاضي أيضاً إلغاء جميع إجراءات التنفيذ التي اتخذت(2).

ويترتب على إيقاف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، أن يكون للدائن قطع التقادم بالنسبة لحقوق الكفيل ويقيد هذه الحقوق لصالح الكفيل(1).

وكذلك اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل، كوضع الأختام على تركة الكفيل، إذا مات، أن يطلب توقيع الحجز التحفظي على أموال الكفيل، وكذلك حصول الدائن على حق اختصاص على عقار تعود ملكيته للكفيل، بموجب حكم واجب التنفيذ صادر لصالح هذا الكفيل فالدائن لا يجوز أن ينفذ على هذا العقار إلا بعد تجريد المدين من أمواله(2).

إن التمسك بالدفع بالتجريد بمرحلة المطالبة القضائية لا يتوقف عليه وقف سير الدعوى المقامة ضد الكفيل، وكذلك لا يمنع القاضي من الحكم بإلزام الكفيل بالدين، إلا أنه لا يمكن للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله، فإذا قام الدائن بإجراءات التنفيذ قبل تجريد المدين من أمواله كانت إجراءاته باطلة. ، لان الدفع بالتجريد كما سبق أن أشرنا يتعلق بمرحلة التنفيذ فقط دون مرحلة المطالبة.

الأثر الثاني : يترتب على قبول الدفع بالتجريد مسؤولية الدائن عن إعسار المدين نتيجة عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب.

تبين مما سبق أن الهدف من التجريد، هو في الأساس إلزام الدائن على استيفاء حقه من أموال المدين، وذلك لاستبعاد القيام بإجراءات مزدوجة، فبمجرد قبول الدفع بالتجريد، أن يشرع الدائن في التنفيذ على أموال مدينه، التي أرشد عنها الكفيل.

---

(2) هذا ما أشارت إليه المادة 2/788 من القانون المدني المصري ويقابل هذه المادة من التشريعات العربية المواد التالية: المادة 1072 موجبات وعقود لبناني. والمادة 754 مدني سوري. والمادة 1021 مدني عراقي - - والمادة 760 مدني كويتي. والمادة 670 مدني سوداني. والمادة 797 مدني ليبي . لا مقابل في القانون المدني الأردني والإماراتي.

(1) السنهوري — عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 126. والدكتور منصور — منصور مصطفى، مرجع سابق، ص 89، والدكتور تناغور — سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص 76. والدكتور شرف الدين — أحمد ، مرجع سابق، ص 72.

(2) عكس ذلك عبد الباقي — عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص 158، هامش 2

فإذا قام الدائن بالتنفيذ على أموال مدينه المرشد عنها من قبل الكفيـل، واسـتوفى حقـه كاملا، فإنه يترتب على ذلك انقضاء الدين المكفول وينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيـل، وبالتـالي براءة ذمة الكفيل والمدين معاً. أما إذا لم يستوفي الدائن كامل حقه المكفول واقتصار إجـراءات التنفيذ على استيفائه جزء من دينه، ففي هذه الحالة للدائن الرجوع على الكفيـل والتنفيـذ عليـه بالباقي، أضف إلى ذلك أن ذمة الكفيل تبرا بقدر ما استوفاه الدائن من الدين(3).

قد يكون عدم استيفاء كامل حقه المكفول راجعاً إلى أن قيمة الأموال التي أرشـد عنهـا الكفيل أقل من القيمة المقدرة لها من قبل المحكمة، أو أن قيمتها قد انخفـضت بـسبب تقلبـات الأسعار، أو مزاحمة الدائنين الآخرين للدائن.

فإذا أعسر المدين نتيجة لتراخي الدائن مع إمكانية القيام بالتنفيذ على الأموال المرشد عنها من قبل الكفيل وطلب هذا الكفيل تجريد المدين منها، وترتب على ذلك أن أصبحت أموال المدين غير كافية للوفاء بالدين المكفول، كون المدين قد هربها أو حتى تصرف فيها أو حملها حقوقـاً، كان الدائن مسؤولاً تجاه الكفيل عن هذا التقصير، بحيث تبرأ ذمة الكفيل ليس إبراءاً تاماً وعاماً، بل بقدر ما كان يستطيع الدائن أن يحصل عليه ولو لم يقع منه التقصير، بشرط أن يكون الـدائن مقصراً وعبء إثبات تقصير الدائن يكون على الكفيل(1).

ونخلص للقول بأنه إذا ما توافرت شروط الدفع بالتجريد فإن الأثر المترتب على ذلك هو عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أموالـه،ووقف إجـراءات التنفيـذ الموجهة ضد الكفيل وإلغاء ما تم منها، وعلى الدائن أن يبدأ هذه الإجراءات ضد المدين قي الوقت المناسب بما لا يؤدي إلي إعسار المدين بسبب تأخره في التنفيذ عليه، وإلا لترتب على ذلـك أن يكون الدائن مسؤولاً في مواجهة الكفيل فإذا استوفى الدائن كل دينه، عندها تبـرأ ذمـة المـدين والكفيل معاً، أما إذا لم يستوف كل دينه بسبب عدم كفاية أموال المدين فإن له أن ينفذ على أموال الكفيل، وفي هذه الحالة لا يستطيع الكفيل الدفع بالتجري

يتضح لنا من خلال دراسة الدفع بالتجريد بان الآثار المترتبة عليـه لا تنحـصر بهـذا الأثران الشار إليهما آنفا، بل يترتب عليه آثار نجدها قد تكون مباشرة أو غير مباشرة و بـنفس الوقت نجدها على درجة من الأهمية وذلك لما تحققه من أهداف ونتائج من جراء استعمال هـذا

---

(3) محمد علي إمام، مرجع سابق، ص 107.

(1) هذا هو حكم المادة 790 مدني مصري يقابلها من التشريعات العربية المواد التاليـة: المـادة 756 مـدني سوري. والمادة 799 مدني ليبي. والمادة 762 مدني سوداني. وأما القانون المدني العراقي وقـانون الموجبـات والعقود اللبناني فلا يوجد نص مماثل.

الدفع ، وفي اعتقادنا هي الأهداف المرجوة من الدفع بالتجريد لذلك سوف نوردها بشيء من الإيجاز لسبق الحديث عنها في أمكنة متفرقة ، والتي تتمثل فيما يلي:

الأثر الأول: عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين، ووقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل إذا كانت قد بدأت.

الأثر الثاني: إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين المرشد عنها من قبل الكفيل.

الأثر الثالث: مسؤولية الدائن تجاه الكفيل في حالة إعسار المدين، نتيجة لعدم اتخاذه إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب.

الأثر الرابع: مسؤولية الكفيل عند عدم الوفاء بكل الدين من قبل المدين.

الأثر الخامس: براءة ذمة الكفيل في حالة الوفاء الكلي من قبل المدين.

الفرع الرابع

تجريد التأمين العيني

لقد شددت التشريعات المدنية العربية الأحكام على حق الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل، وذلك بإضافة صورة جديدة للدفع بالتجريد، وهي أنه إذا وجد عند انعقاد الكفالة،تأمين عيني لضمان الوفاء بالالتزام المكفول به، وبمقتضاه يجب على الدائن أن ينفذ على المال المثقل به قبل التنفيذ على أموال الكفيل.

فقد يحدث أن يقوم المدين قبل انعقاد الكفالة أو عند انعقادها، بتقديم تأميناً عينياً لضمان الدين المكفول، كون الكفيل غير متضامن مع المدين، في هذه الحالة يجوز للكفيل أن يطلب التنفيذ على الأموال المثقلة بهذا التأمين قبل التنفيذ على أمواله هو.

فهذا القيد على حق الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل نصت عليه غالبية التشريعات العربية المدنية فقد جاء في المادة 757 من القانون السوري أنه: ((إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين وقدمت الكفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين)) وهذا ما تضمنته الفقرة الأخيرة من المادة 1072 موجبات وعقود لبناني(1).

فالتشريعات العربية المشار إليها والتي أخذت بهذه الصورة، قد استحدثت هذه الصورة من المادة 2/495 في التشريع السويسري، وكذلك المادة 2/774 من التشريع المدني الألماني(2).

فمن خلال النصوص التشريعية المشار إليها آنفاً فإنه يشترط لعدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على التأمين العيني المخصص للوفاء بالدين المكفول تحقق الشروط التالية:

1- أن يكون هناك تأمين عيني مخصص لضمان الدين المكفول.
2- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع.
3- أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين.
4- أن تكون الكفالة قد قدمت بعد هذا التأمين أو معه.

---

(1) يقابل هذه المواد في التشريعات العربية المواد التالية: المادة 971 مدني أردني. والمادة 1023 مدني عراقي. والمادة 763 مدني كويتي. والمادة 791 مدني مصري. والمادة 800 مدني ليبي. والمادة 673 مدني سوداني. و المادة 663 مدني جزائري.

(2) السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق، ج10، ص 129، هامش (2).

5- أن يكون التأمين العيني مملوكاً للمدين .

الشرط الأول: أن يكون هناك تأمين عيني مخصص لضمان الدين المكفول:

فالمقصود بالتأمين هو تخصيص مال (عقار أو منقول تسمح طبيعته بـذلك) للمـدين أو للغير لضمان الوفاء بالدين ولا عبرة لمصدره سواء كان الاتفاق (كالرهن التأميني والحيـازي)أم القانون (كحق الامتياز) فالمهم أن تكون كفالة عينية[1].

أما الكفيل العيني هو من رهن ماله ضماناً لدين غيره[2]، وبذلك تخرج الكفالة الشخصية وحق الاحتباس من التأمينات العينية هذا في القانون المدني المصري، والمدني العراقي، وكـذلك مجمل التشريعات التي أخذت بالدفع بالتجري

كما أن القانون المدني الأردني قد اعتبر حق الحبس، تأميناً عينياً، كونه يعطي صـاحب الحق في الأولوية، وهذا الحكم قد انفرد به القانون المدني الأردني دون غيره فقد جاء في المادة 931 من القانون المدني الأردني بأنه: ((من احتبس الشيء استعمالاً لحقه في احتباسه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه)).

أما بالنسبة لحق التخصيص، فمصدره هو حكم قضائي واجب التنفيذ، ومع ذلك فإننا نجد بأن الرأي الراجح فقهاً يذهب إلى أن النصوص المتعلقة بهذه الصورة تشمل حـق الاختـصاص كذلك، إذ يسري على حق الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام[3]، و في حسباننا بأنه ليست هناك أهمية، وذلك لكون التأمين العيني يضمن الدين المكفول وحده، أو يضمن كـذلك ديوناً أخرى.

الشرط الثاني : أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع :

فكما تقدم معنا سابقاً عند بحث شروط الدفع بالتجريد، بأن هذا الدفع هو مقرر لمـصلحة الكفيل، وليس من النظام العام لذلك يجب على الكفيل التمسك به، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به

---

(1) أبو السعود ـ رمضان ، مرجع سابق، ص 166، و بحث مقدم للمعهد القضائي الأردني عن التزام الكفيل في عقد الكفالة، من قبل القاضي العبداللات ـ حسن عبد الحليم ، سنة 1997، ص 57.

(2) هذا ما نصت عليه المادة 1340 من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها أنه: (إذا كان الراهن كفيلاً عينياً فلا يجوز اقتضاء الدين من غير العقار المرهون وليس له أن يطلب الرجوع على المدين قبل التنفيذ على عقاره).

(3) السنهوري ـ عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 130

منصور ـ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 93.

إمام ـ محمد علي ، مرجع سابق، ص 109.

تناغو ـ سمير عبد السيد ، مرجع سابق، ص 79.

زكي ـ جمال الدين ، مرجع سابق، ص 122.

من تلقاء نفسها، ويجوز للكفيل التنازل عنه صراحة أو ضمناً، لذلك فإنه يشترط للتمسك بهذا الدفع أن لا يكون الكفيل قد تنازل عنه صراحة أو ضمناً، لانه إذا تنازل عن التمسك بهذا الدفع لم يعد لهذا الكفيل أن يدفع به في مواجهة الدائن على الاطلاق .

الشرط الثالث: أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين:

فهذا الشرط هو شرط عام في الدفع بالتجريد وقد تعرضنا له، ونشير هنا بخصوص هذا الشرط، أن الكفيل في القانون المدني الأردني هو متضامناً حكماً مع المدين، الأمر الذي يمنعه من دفع مطالبة الدائن له بحجة وجوب الرجوع على المدين أولاً أو بضرورة التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال هذا الكفيل.

فبخصوص هذا الدفع كنا نتمنى على المشرع الأردني أن يكون منطقياً مع نفسه كغيره من التشريعات العربية إذ أنه نص على عدم التضامن وكان الأحرى به أن لا يورد شرط عدم التضامن، أو أن لا يأخذ بالتجريد العيني، ويبدو لنا أن السبب في نص المشرع الأردني على هذا الحكم هو أنه استقاه من التشريعات التي أخذت بالدفع بالتجريد كقاعدة عامة خصوصاً أنه أخذ كثير من أحكام القانون المدني المصري.

الشرط الرابع: أن تكون الكفالة قد قدمت بعد هذا التأمين أو معه:

فإذا تقرر التأمين العيني لضمان الدين بعد الكفالة، فإن الكفيل لا يستطيع أن يدفع بوجوب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني، قبل التنفيذ على أمواله، ذلك لأنه قد أبرم عقد الكفالة، دون أن يكون معتمداً على أي تأمين آخر، بجانب التزامه بالوفاء بالدين، إذا لم يقم المدين الأصلي بالوفاء به، أما إذا كان التأمين العيني قد وجد قبل انعقاد الكفالة أو معها، فإن للكفيل أن يدفع بعدم التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني، وسبب ذلك كونه قد اعتمد على التأمين العيني الذي وجد وقت انعقاد الكفالة، أو معها[(1)].

والكفيل ما كان يقبل بالكفالة لولا وجود هذا التأمين العيني

إذ أنه اعتمد عليه ، حيث أن وجود التأمين العيني يدفع الكفيل لكي يتقدم لكفالة المدين وبدون تردد معتمداً على هذا التامين العيني .

الشرط الخامس: أن يكون التأمين العيني مملوكاً للمدين:

إن النصوص التي نصت عليها هذه الصورة من الدفع لم توضح الشخص الذي يقدم هذا التأمين، وكون هذه النصوص متطابقة مع نص المادة 791 من القانون المدني المصري، فقد ثار خلاف فقهي، حول ملكية التأمين العيني،

---

(1) أبو السعود ــ رمضان ، مرجع سابق، ص 127.

هل المدين هو الملزم بتقديمه، أم يجوز أن يقدم من الكفيل العيني؟

إلا أن الفقه الغالب يرى أن التأمين العيني، قد تقرر على مال مملوك للمدين واستندوا في ذلك، إلى أن هذه النصوص تنصرف إلى الحالة التي يكون فيها المدين مالكاً للتأمين العيني، ذلك أن الدفع بالتجريد يكون بالنسبة لأموال المدين، ونميل بهذا الخصوص إلى ما ذهب إليه الـرأي الغالب ذلك ليس لانه يمثل رأي الأكثرية ، بل لان هذه الصورة وأقصد بذلك التأمين العيني تعـد صورة للدفع بالتجريد ، والدفع بالتجريد يتحدث عن أموال المدين وتجريده منها ولـيس أمـوال غيره ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يقدم التأمين العيني من قبل كفيل عيني ، وحتى لو قـدم مـن كفيل عيني فإن المبادىء العامة تقضي بأن الكفيل الشخصي ، لا يجوز له تجريد الكفيل العيني ، ونضيف بأن الكفيل الشخصي والكفيل العيني يعتبران في مركز واحد ولكل منهما إذا قام بالوفاء للدائن أن يعود على الآخر بقدر نصيبه .

بالنسبة لآثار هذه الصورة من الدفع، فإذا توافرت شروط هذا الدفع وتم قبوله مـن قبـل المحكمة، ترتب عليه الآثار نفسها التي تترتب على قبول الدفع بالتجريد بوجه عام، ولا نفـضل بحثها وذلك منعاً للتكرار ولعدم الفائدة .

نخلص من دراسة هذه الصورة من الدفع النتائج التالية:

النتيجة الأولى: هي أن هذه الصورة من الدفع لا تتعلق بالبدء أولاً في التنفيذ على أموال المدين عامة، بل تتعلق بالبدء في التنفيذ على أي تأمين عيني يكون قد خصص للوفاء الدين نفسه المكفول بالكفالة، فمع وجود هذه الصورة فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا إذا كانت أموال المدين بالإضافة إلى التأمين غير كافية للوفاء بالدين المكفول.

النتيجة الثانية: هي أن هذه الصورة من الدفع بالتجريد، تتميز بعدم اشتراط كفاية التأمين للوفاء بدين الدائن، على خلاف القاعدة العامة في الدفع بالتجريد، التي اشترطت أن تكون أمـوال المدين التي يرشد إليها الكفيل كافية، للوفاء بدين الدائن، وهذا يؤيد ما ذهبنـا إليـه بخـصوص اشتراط كفاية أموال المدين المرشد عنها وعدم كفايتها.

النتيجة الثالثة: هي أن الحكمة من هذه الصورة من الدفع هي أن المشرع العربـي قـد راعى أن تدخل لضمان الدين في الوقت الذي يوجد فيه تأمين عيني مخصص لضمان ذات الدين.

النتيجة الرابعة: هي أن شروط هذه الصورة أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين المكفول، وأن تكون الأموال مملوكة للمدين، وأن يكون التأمين قد تقرر مع الكفالة أو قبلها، وكذلك أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، وان يتمسك الكفيل بهذا الدفع.

المطلب الثالث

الدفع بالتقسيم

لقد تقدم بأنه إذا تضمن عقد الكفالة كفيل واحد سواء كان المدين واحداً أو أكثر حق للدائن أن يطالب هذا الكفيل بكل الدين . وفي هذا المطلب نبحث الدفع بالتقسيم ، الذي يشترط فيه تعدد الكفلاء.

فإذا تعدد الكفلاء لمدين واحد وكذلك لدين واحد وبعقد واحد ، فإن للكفيل الذي وفى الدين أن يعود على الكفلاء الباقين كل بقدر نصيبه إذا كان نصيبه معين ، وإذا لم يكن معيناً فيكون المستقيم بقدر عدد الكفلاء الذين كفلوا الدين .

أما إذا تعدد الكفلاء وكانوا قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله . ولا يستطيع إي منهم أن يدفع بالتقسيم إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، وهذا ما نصت عليه معظم التشريعات المدنية العربية (1).

يتبين لنا أن المشروع العربي قد ميز بين حالتين عند تعدد الكفلاء لدين واحد وهي :

الحالة الأولى : تعدد الكفلاء بعقد واحد .

فإذا تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد ، انقسم الدين . عليهم بحيث لا يلزم كل كفيل بالوفاء به كاملاً ، وفي حالة رجوع الدائن على أي منهم كان لأي منهم أن يتمسك تجاه الدائن بحق التقسيم . وللمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها حتى ولو لم يطلبه الخصوم ، فإذا تم التمسك بحق التقسيم فلا يلزم كل كفيل إلا بمقدار نصيبه من الدين ، إذا كانت حصته معينة وإذا لم تكن كذلك أنقسم الدين بقدر عددهم ، ومثال ذلك أن يكفل أربعة أشخاص مدين واحد بدين مقداره ألف دينار وبعقد واحد وبنفس الوقت لم يبنوا في عقد الكفالة مقدار ما يكفل كل منهم من الدين المكفول ، فإن الدين ينقسم عليهم بقدر عددهم . حيث يكفل كل منهم مائتان وخمسون دينار فقط ، فإذا طلب الدائن أحدهم بأكثر من ذلك كان لهذا الكفيل أن يدفع بتقسيم الدين ، مما يعني أنه إذا أعسر أحد الكفلاء الأربعة بعد إبرام عقد الكفالة ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه ، فلا يجوز للدائن أن يطالب باقي الكفلاء بحصة المعسر منهم أو يوزعها عليهم ، بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار .

---

(1) هذا ما أشارت إليه المادة 1075 من قانون الموجبات والعقود اللبناني يقابلها في ذلك المواد التالية من التشريعات : المادة 974 مدني أردني، والمادة 792 مدني مصري، والمادة 1024 مدني عراقي، والمادة 759 مدني كويتي، والمادة 758 مدني سوري، والمادة 664 مدني جزائري، والمادة 801 مدني ليبي، والمادة 674 مدني سوداني، والمادة 1500 مدني تونسي موافق لهذه النصوص، والمادة 647 من مجلة الأحكام العدلية.

الحالة الثانية : تعدد الكفلاء بعقود مختلفة .

وهي أن يكفل الدين أكثر من كفيل بعقد منفرد لكل منهم ، في هذه الحالة للدائن أن يطالب المدين أو أي من الكفلاء بكل الدين ولا يجوز لأي من الكفلاء التمسك بحق التقسيم ، إلا أن المشرع المصري قد أورد استئناف هذا الحكم وهو إذا احتفظ كل منهم لنفسه بحق التقسيم كان لهم التمسك بحق الدفع بالتقسيم .

ومثال ذلك أن يكفل ثلاثة أشخاص مدين واحد بدين مقداره ألف دينار كل منهم بعقد منفرد ، في هذه الحالة لا يكون لأي منهم التمسك بحق التقسيم .

نلاحظ من خلال النصوص المتعلقة بالدفع بالتقسيم ، بأن هذا الدفع يقع بقوة القانون ، وعليه فللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها حتى ولو لم يتمسك به الخصوم . في حين أن الأصل في التشريع الفرنسي هو عدم التقسيم ، كما يظهر ذلك من خلال المادتين 2025 , 2026 من القانون المدني الفرنسي .

الفرع الأول

شروط الدفع بالتقسيم

فهذا الدفع كغيره من الدفوع الأخرى يجب أن تتوفر فيه عدة شروط حتى يتمكن الكفيل من دفع مطالبة الدائن له، وهذه الشروط تتضح لنا من خلال النصوص القانونية الخاصة بهذا الدفع والتي تشير بأن تقسيم الدين بين الكفلاء المتعددين يقتضي توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يتعدد الكفلاء

فالدفع بالتقسيم لا يكون ما بين كفيل واحد والمدين، بل يكون في حال تعدد الكفلاء. ولكن ما الحكم إذا كفل الدين كفيل شخصي وآخر عيني؟ لقد اختلف الفقه في ذلك، فيرى البعض(1) إن الدفع بالتقسيم يثبت للكفيل عندما يتعدد الكفلاء، فهذا الرأي يشمل الكفيل العيني، ويساوي بين الكفيل الشخصي والكفيل العيني.

بينما يرى البعض الأخر(2) عكس ذلك، حيث يرى أن الكفيل العيني لا يستفيد من الدفع بالتقسيم، فالكفالة العينية، وهي رهن تفيد أن الراهن أي الكفيل العيني قد حدد مسؤوليته عن الدين بقيمة المال الذي رهنه، ونحن بهذا الخصوص نؤيد ما ذهب إليه هذا الرأي كون الكفيل الشخصي قد كفل كل الدين في حين أن الكفيل العيني قد كفل الدين بنسبة قيمة العين التي قدمها رهناً.

وعليه فإذا كان قد كفل الدين كفالة عينية وشخصية فإن الدائن يبدأ بالكفالة العينية فإن لم تف بكل الدين استوفى الدائن الباقي من الكفيل الشخصي.

الشرط الثاني: أن يتعدد الكفلاء لدين واحد

أي أن يكون الكفلاء قد كفلوا ديناً واحد وعليه فلا يجوز لكفيل الكفيل أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين الكفيل، لأن الكفيل الأصيل قد كفل التزام المدين أي دين المدين، في حين أن كفيل الكفيل قد كفل التزام الكفيل الأصيل أي دين الكفيل، فالدينان مختلفان، وليس ديناً واحداً.(1)

يترتب على هذا الشرط أن الدفع بالتقسيم لا يكون بين الكفيل وكفيل الكفيل، والسبب في ذلك لأن كل منهما قد كفل التزاماً مستقلاً، أضف إلى ذلك أنه إذا تعددت الديون فلا وجه للتقسيم.

الشرط الثالث: أن يكفل الكفلاء مديناً واحداً.

---

(1) مرقس – سليمان ، مرجع سابق ، ص 111.
السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 95.
تناغور – سمير عبد السيد ، مرجع سابق ، ص 84.

(2) منصور – مصطفى منصور ، مرجع سابق ، ص 61.

(1) مرسي – محمود كامل ، العقود المسماة ، الجزء الأول .

فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم، وقدم كل منهم كفيلاً، فإنه يكون والحالة هذه كل كفيل منهم قد كفل مديناً واحداً، ولم يكفل نفس المدين، وعليه فيكون كل منهم مسؤولاً عن كل الدين ولا يجوز له أن يتمسك بالدفع بالتقسيم.

أما إذا كفل كل كفيل المدينين جميعاً، ففي هذه الحالة يكون كل منهم قد كفل نفس المدين ومديناً واحداً، ويترتب على ذلك أن لكل منهم أن يتمسك بالدفع بالتقسيم، وبالتالي انقسام الدين بين هؤلاء الكفلاء وذلك لوحدة المدينين المكفولين.

الشرط الرابع: أن يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد

فتعدد الكفلاء، والتزامهم بعقد واحد، يعني أن كل كفيل قد اعتمد في إبرام كفالته، على وجود كفلاء آخرين بجانبه،

كما يدل على أن كلاً منهم قد أراد الالتزام بكفالة حقه من الدين فقط. وبالتالي كان من حق كل كفيل إذا ما رجع عليه الدائن أن يطلب تقسيم الدين بين كل الكفلاء.

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، بأن كفل كل كفيل بعقد مستقل، فلا يحق لأي كفيل في هذه الحالة أن يطلب تقسيم الدين، حيث أن مجرد علمه لا يعطيه الحق في التمسك بتقسيم الدين، ولكن يحق لأي منهم أن يشترط التقسيم، كأن يشترط على الدائن انقسام الدين بينه وبين غيره من الكفلاء، ففي هذه الحالة لا ينقسم الدين بقوة القانون بل بمقتضى هذا الشرط.

الشرط الخامس: أن يكون الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم.

لأن طبيعة التضامن تعطي الدائن الحق في مطالبة أياً من الكفلاء بكل الدين. وهذا ما أشارت إليه كثير من التشريعات المدنية العربية.

ولكن ما الحكم إذا كان الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم، وكان أحدهم متضامناً مع المدين، فهل يجوز لهذا الكفيل الغير متضامن أن يتمسك بالدفع بالتقسيم مع المدين، أو أن يدفع مطالبة الدائن له بضرورة التقسيم بينه وبين باقي الكفلاء؟

فبعد الرجوع إلى التشريعات المدنية العربية نجدها لم تتطرق لهذه المسألة وبالتالي فهي لم تقدم حلاً لها.

في حين أن الفقه قد اختلف في ذلك، فجانب من الفقه([1]) يذهب إلى أنه لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يدفع بالتقسيم، ويعلل هذا الجانب ذلك بأن مقتضى التضامن مع المدين، أن الكفيل قد وضع نفسه في مركز واحد مع المدين.

([1]) السنهوري – عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 95. مرقس – سليمان ، مرجع سابق ، ص 111. سعد – نبيل إبراهيم ، مرجع سابق، ص 325.

بينما يذهب فريق آخر[1] إلى أن تضامن الكفيل مع المدين لا يحرمه من حق التقسيم.

بخصوص هذه المسألة يتأيد للطالب ما ذهب إليه الرأي الأول الذي ينادي بأنه لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يدفع بالتقسيم مع غيره من الكفلاء غير المتضامنين، كون هذا الرأي هو الأقرب للصواب، ويؤكد ذلك أن غالبية التشريعات الحديثة قد حرمت الكفيل المتضامن مع المدين من حق التمسك بالدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم، لأنه بتضامنه مع المدين يكون قد وضع نفسه في مركز المدين الأصلي، وبالتالي رضي بمسؤوليته عن الدين كله دون اعتبار لوجود الكفلاء وبالتالي فهو يحرم من حق التقسيم ويجوز للكفلاء الآخرين غير المتضامنين أن يدفعوا التقسيم.

[1] منصور – مصطفى منصور ، مرجع سابق ، ص 61.

الفرع الثاني

آثار الدفع بالتقسيم

فإذا توافرت شروط الدفع بالتقسيم المشار إليها آنفا، فإنه ينشأ الحق في التقسيم ويترتب على ذلك ما يلي:

1 – أنه لا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل بكل الدين، بل عليه أن يقوم بتقسيم الدين على الكفلاء.

2 – يطالب الدائن كل من الكفلاء بقدر نصيبه في الدين إذا كانت الأنصبة محددة في عقد الكفالة.

3 – إذا لم تكن الحصص محدد في عقد الكفالة، يطالب كل كفيل ويكون مسؤولا كذلك عن حصته فقط، فالحصص تكون متساوية.

4 – إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، وأفلس أحدهم بعد الكفالة، فلا يحق للدائن أن يطالب الكفيل غير المفلس بكل الدين، أي أن الدائن يتحمل تبعية هذا الاعتبار إلا أنه ومن الناحية العملية ولكي يتفادى الدائن إفلاس أحد الكفلاء فيطلب دائماً التضامن فيما بينهم، وبالتالي يطالب الدائن الكفيل غير المفلس بكامل الدين ولا يتحمل الدائن تبعية إفلاس أحدهم.

فبعد التطرق للدفع بالتقسيم فلابد لنا من بيان الحالات التي يجوز فيها الدفع بالتقسيم والحالات التي لا يجوز فيها ذلك.

الحالة الأولى: إذا كان المدين واحد وكان الكفلاء متضامون فلا يجوز التمسك بالدفع بالتقسيم.

الحالة الثانية: إذا كان المدين واحد وكان الكفلاء غير متضامنون مع المدين، كذلك لا يجوز تقسيم الدين.

الحالة الثالثة: إذا كان المدين واحد وكان الكفلاء بعضهم متضامن مع المدين والبعض الآخر غير متضامن، يجوز للكفلاء الغير متضامنين أن يطلبوا تقسيم الدين على عدد جميع الكفلاء في حين لا يجوز للكفلاء المتضامنين ذلك.

الحالة الرابعة: إذا كان المدين واحد، وتعدد الكفلاء بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين أصلا، فإن الدين ينقسم بينهم جميعاً وكذلك يتحمل الدائن نصيب من يعسر منهم.

الحالة الخامسة: إذا كان المدين واحد، وتعدد الكفلاء بعقود متوالية وكان الكفلاء غير متضامنين، فلا ينقسم الدين بينهم إلا لمن احتفظ لنفسه بحقه في ذلك.

الحالة السادسة: إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين، وكان جميع الكفلاء قد ضمنوا جميع المدينين وبالتضامن فلا ينقسم الدين بينهم.

الحالة السابعة: إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين، وكان جميع الكفلاء قد كفلوا جميـــع المدينين بعقد واحد وكانوا غير متضامنين، فإن الدين ينقسم بينهم.

الحالة الثامنة: إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين، وكان جميع الكفلاء قد كفلوا جميـــع المدينين بعقود متوالية وكانوا غير متضامنين، في هذه الحالة الدين لا ينقسم إلا لمن احتفظ بحقه في ذلك.

الحالة التاسعة: إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين، وكان كل كفيل قـــد كفـــل بعـــض المدينين دون الآخرين، فإن الدين لا ينقسم إلا فيما بين كفلاء الدين الواحد غير المتضامنين فيما بينهم.

الحالة العاشرة: إذا تعدد المدينون وكانوا غير متضامنين، وكفل جميـــع الكفـــلاء كـــل المدينين بعقد واحد وبالتضامن لا ينقسم الدين فيما بينهم.

الحالة الحادي عشرة: إذا تعدد المدينون وكانوا غير متضامنين، وكفل جميع الكفلاء كل المدينين بعقود متوالية وبغير تضامن فيما بينهم، فإن الدين في هذه الحالة لا ينقسم بينهم إلا لمن احتفظ بحقه في ذلك.

الحالة الثانية عشرة: إذا تعدد المدينون وكانوا غير متضامنين، وكفل كل كفيـــل بعـــض المدينين دون الآخرين، في هذه الحالة ينقسم الدين أولا بين المدينين بحيث يلزم كفيل كل مـــدين بنصيب هذا المدين، أما إذا تعدد الكفلاء لمدين واحد طبقت عليه أحكام الحالات الأولى والثانيـــة والثالثة والرابعة أي قواعد تعدد كفلاء الدين الواحد الملتزم به مدين واحد

المبحث الثاني

دفوع الكفيل المستمدة من علاقته بالمدين

رأينا فيما سبق في المبحث الأول من هذا الفصل بأن التشريعات المدنية العربية قد أعطت الكفيل دفوعاً شخصية ، يمارسها هو وحده لدفع مطالبة الدائن له، كذلك لقد أعطى المشرع العربي للكفيل الحق في التمسك بدفوع ِمستمدة من علاقته بالمدين ناشئة عن العلاقة الأصلية بينهما ، والمستمدة من التزام المدين كذلك .

فهذه الدفوع المستمدة من علاقة الكفيل بالمدين عكس الدفوع الشخصية للكفيل كون هذا الأخير يستطيع أن يمارسها هو والمدين أيضاً، في حين الدفوع الشخصية التي للكفيل تكون له شخصياً، بحيث لا يمارسها غيره، أذن يستطيع الكفيل بموجب الدفوع المستمدة من علاقته بالمدين أن يدفع مطالبة الدائن بذات الدفوع المتاحة للمدين، الأمر الذي يدفعنا لبحث هذه الدفوع بشي من التفصيل ، لذلك سوف نبحث هذه الدفوع ضمن مطلبين مستقلين على النحو التالي:

المطلب الأول : الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول.

المطلب الثاني: الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة.

المطلب الأول

الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول

لقد مر معنا في مكان متقدم أن التزام الكفيل هو التزام تابع للالتزام المكفول، فهو يتبع الالتزام المكفول ويدور معه وجوداً وعدماً صحة وبطلاناً. أي أن كل ما .يؤثر في صحة الالتزام المكفول يؤثر كذلك في التزام الكفيل، الأمر الذي يترتب عليه أن الكفيل يستطيع أن يدفع مطالبة الدائن له بذات الدفوع التي يستطيع المدين أن يتمسك بها في مواجهة الدائن، سواء كانت هذه الدفوع تتعلق ببطلان الالتزام المكفول، أو بإبطاله، أو بانقضائه([1]) . لأن كل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر كذلك في الالتزام التابع.

كذلك الحال بالنسبة للكفيل المتضامن مع المدين،فإن التزامه يكون تابعاً لالتزام المدين، وعليه فيجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بذات الدفوع التي يتمسك بها الكفيل غير المتضامن والمتعلقة بالالتزام المكفول أي (الدين) فهذا الحكم أكدته معظم التشريعات المدنية العربية في كثير من نصوصها ([2]).

فإذا كان التزام المدين باطلاً، كان التزام الكفيل باطلا كذلك، وللكفيل في هذه الحالة أن يدفع مطالبة الدائن له ببطلان الالتزام المكفول وببطلان التزامه تبعاً لذلك، كما يترتب على تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين أن يكون للكفيل الدفع بإبطال الالتزام المكفول أو انقضائه، وإذا كان التزام المدين قابلاً للإبطال أو كان قد انقضى لسبب من أسباب الانقضاء. لذلك سوف نبحث هذه الدفوع المستمدة من الالتزام المكفول ضمن ثلاثة فروع على النحو الآتي:

---

(1) هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في جلسة1992/6/7 _طعن رقم4746 لسنه 61ف. مجوعة عند المنعم دسوقي_ طبعة عام 1994 رقم 2054–ص 748. وكذلك محكمة التمييز الأردنية بقرارها رقم 415 /66 والمنشور علي الصفحة رقم 299 من مجلة المحامين لسنه 1967.

(2)هذا ما نصت عليه المادة 794 من القانون المدني المصري ويقابلها في ذلك التشريعات المدنية العربية التالية : المادة :1069 موجبات وعقود لبني، والمادة :676 مدني سوداني، والمادة :760 مدني سوري، والمادة : 803 مدني ليبي، والمادة : 847 مدني كويتي.

الفرع الأول

الدفع ببطلان الالتزام المكفول

قبل التطرق لحق الكفيل في التمسك بهذا الدفع لابد لنا من بيان ما المقصود ببطلان العقد، ومتى يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا، فكل عقد عندما ينعقد فهو إما أن يكون عقداً صحيح وهذا هو الأصل، وذلك بأن يكون مشروعا بأصلة ووصفه ولم يختل أي ركن من أركانه أي أنه مستوفٍ كامل شرائطه وأركانه، وإما أن يكون العقد باطلاً بطلانا مطلقا أو قابلا للإبطال أي باطلا بطلانا نسبياً.

فالعقد الباطل بطلانا مطلقا: هو العقد الذي لا يكون له وجود في نظر القانون، ولا ينتج أي أثر من وقت إبرامه، ويتحقق هذا البطلان إذا تخلف أحدا أركان العقد، وهي التراضي والمحل والسبب وكذلك الشكل الذي يتطلبه القانون للانعقاد إذا كان العقد من العقود الشكلية([1]).

وعليه فالعقد الباطل بطلانا مطلقا لا وجود له شرعا وكذلك لا ينتج أثره ، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه و للمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها ، كما لا تصح إجازته، ولا يراد عليه التقادم.

وللعقد الباطل بطلانا مطلقا تعريفات كثيرة وردت في الكتب الفقهية إلا أنها تعطي نفس المضمون والمعنى، لذلك سوف نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر بعض التعريفات منها. أن البطلان المطلق هو: ((بطلان كل العقد منذ البداية ولا تلحقه الإجازة ولا يتقادم الدفع ببطلانه))([2]). كما عرف بأنه: ((عقد تكون ولكن عيبا أساسيا أفسد أحد أركانه فجرده من مفعوله القانوني))([3]).

وبناء عليه فيكون العقد باطلاً بطلانا مطلقا، إذا أبرمه شخص فاقد الأهلية كأن يكون المدين عند انعقاد العقد في حالة جنون ، وفي هذه الحالة يكون الالتزام الأصلي المكفول باطلاً

---

(1) الدكتور السنهوري – عبد الرزاق ، نظريه العقد – الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، منشوارت الحلبي الحقوقية– بيروت– لبن، لسنة 1998، ص 601 والدكتور الصده – عبد المنعم فرج ، نظرية العقد في قوين البلاد العربية ، دار النهضة للطباعة والنشر– بيروت– لبنان لسنه 1972 ، ص391 وما بعدها.

(2) الدكتور عبد الزرق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول – دار أتنهضه تعربيه – القاهرة لسنه 1964 – ص 0563

(3) الدكتور مصطفي العوجي – القانون المدني – العقد مع مقدمه في الموجبات – الجزء الأول – دار الخلود للصحافة و الطباعة والنشر والتوزيع – الطبعة الثانية – لسنه 1999 –ص 0477

بطلاناً مطلقاً ، كما يكون العقد كذلك إذا انعدم فيه الرضا أو المحل أو السبب ، ويكون باطلاً كذلك إذا لم تتوفر فيه شروط كل من المحل والسبب ، كأن يكون محل العقد غير معين أو غير قابل للتعين أو يكون السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة. كما يكون العقد باطلا بطلاناً مطلقاً إذا اشترط القانون فيه شكلاً للانعقاد ولم يتوفر هذا الشكل ، ويكون العقد باطلا إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان ، وذلك كأن يكون القانون قد اشترط مدة معينه لانعقاد العقد كما هو الحال في الوعد بالتعاقد

لذلك يعتبر عقد الكفالة باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تخلف أحد أركانه كأن ينعدم ركن التراضي مثلا أو كان محل العقد غير معين أو مستحيلاً أو غير مشروع أو كان سببه غير مشروع كذلك . فإذا توفر في الالتزام المكفول أي من الحالات أعلاه ، كان هذا الالتزام باطلاً بطلاناً مطلقاً ، الأمر الذي يستتبع معه بطلان الكفالة كونها تابعه له ، وهذا ما نصت عليه معظم تشريعات البلاد العربية ، فقد نصت المادة 782 من القانون المدني المصري على أنه :((يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين))([1]).

وعلى هذا فيجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان الالتزام المكفول لانعدام الرضى أو السبب أو المحل أو لمخالفته للنظام العام أو الآداب العامة أو لعدم توفر الشكل الذي اشترطه القانون في العقد الذي نشأ ذلك الالتزام عنه ، فكما أنه يجوز للمدين أن يحتج ببطلان التزامه المكفول فللكفيل كذلك أن يحتج بهذا البطلان ، فتكون كفالة الالتزام الباطل باطلة كذلك تبعاً له .

فمن أمثلة عقد الكفالة الباطل بطلاناً مطلقاً ، إذا كان الالتزام المكفول دين مقامرة أودين رهان ، كذلك إذا كان الالتزام المكفول دين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانونا. فهذه الديون والالتزامات ديون باطلة والسبب في ذلك لأن مصدرها هو عقد باطل، مما يعني أنه لا تجوز كفالتها حيث أن التزام الكفيل في هذه الحالة باطل لبطلان الالتزام الأصلي المكفول.

وحيث أن التزام الكفيل تابعاً للالتزام المكفول، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان الالتزام المكفول باطلاً لأي سبب من أسباب البطلان كان عقد الكفالة باطلاً، وبالتالي كان التزام الكفيل باطلاً كذلك، كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين ، مما يعطي الكفيل الحق في أن يدفع مطالبة

(1) يقابل هذا النص المواد التالية في البلاد العربية : المادة 1077 موجبات وعقود لبناني، والمادة 664 مدني سوداني، والمادة 748 مدني سوري، والمادة 791 مدني ليبي، والمادة 1513 مدني تونسي، والمادة 753 مدني كويتي.

الدائن له ببطلان التزامه، على أساس بطلان الالتزام الأصلي المكفول. لأن محل التزام المـدين، هو ذاته محل التزام الكفيل كذلك، والذي تعهد للدائن بوفائه له إذا لم يف به المدين الأصلي.

ويجد بالذكر أن للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع المتعلقة بالتزامه والناشئة عن عقد الكفالة كما لو كان هذا العقد باطلاً لانعدام الرضا أو السبب أو المحل أو لمخالفته النظام العام أو الآداب العامة، مما يعني أنه للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بكافة الدفوع المتعلقة بالتزامه طبقاً للقواعد العامة في الالتزامات.

فإذا كان عقد الكفالة باطلاً بطلانا مطلقاً فإنه لا تصححه الإجازة ولا يسري عليه التقادم كذلك، ويستطيع أن يتمسك به كل من له مصلحة، كما أنه للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، فإذا تقرر بطلان التصرف الذي ينسب إلى الالتزام المكفول، تعتبر الكفالة كأنها لم تكن، أي تزول بأثر رجعي.

ولكن ما الحكم إذا كان هناك اتفاق خاص ما بين المدين والكفيل، ولم يكن الدائن طرفـاً في هذا الاتفاق، كأن يتضمن هذا الاتفاق تعهد المدين مقابل للكفالة لمصلحة الكفيل ولم يف بتعهده أو كان هذا التعهد غير قائم لأي سبب من أسباب البطلان.

لقد اختلف الفقه في ذلك، فقد ذهب البعض([1]) ، إلى أن الكفيل لا يجوز له التمسك فـي مواجهة الدائن بالأسباب التي تتعلق بما يمكن أن يقوم بين الكفيل والمدين من اتفاق خاص إذا لم يكن الدائن طرفاً في الاتفاق الخاص ما بين المدين والكفيل، في حين يرى الغالب من الفقـه([2])، عدم جواز احتجاج الكفيل في مواجهة الدائن، بأسباب ترجع إلى علاقته بالمـدين، كـون هـذه الأسباب خارجه عن نطاق الاتفاق على الكفالة بين الكفيل والدائن. فهم لا يوافقون الـرأي الأول فيما يخص التأصيل الالتزام الكفيل . وفي ذلك نجد بما أن الدائن كان لا يعلم شيئاً عـن تعهـد المدين للكفيل بموجب الاتفاق الخاص، فلا يجوز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له ببطلان الالتزام المكفول، كون المدين لم ينفذ تعهده، أو أن المدين تمسك ببطلان هذا التعهد، وبالتالي فهو غيـر ملزم به، ويكون للكفيل بعد ذلك الامتناع عن الوفاء للدائن . وقد فسر البعض سبب ذلك أن التزام الكفيل تجاه الدائن هو التزام مجرد، أي منقطع الصلة بسببه([3]).

---

(1) الدكتور الشرقاوي ـ جميل - مرجع سابق ـ ص068

(2) الدكتور مر قس ـ سليمان - مرجع سابق ـ ص 67ومنصور - مصطفى - عقد الكفالة- ص24 و يحيى - عبد الودود - مرجع سابق - ص49 وما بعدها و ا سعد - أحمد محمد - مرجع سابق-ص319.

(3) الدكتور أبو عافيه - محمود - التصرف القانون المجرد - رسالة دكتوراه القاهرة لسنة 1947- النسخة العربية - ص212- 218 وكذلك الدكتور منصور - مصطفى - مرجع سابق- ص46 والدكتور - مر قـس- سليم - مرجع سابق - ص67 وما بعدها .

فبعد دراسة هذا الدفع تبين لنا الحقائق التالية :

أولا: التزام الكفيل تجاه الدائن يحكمه عقد الكفالة المبرم بينهما.

ثانيا: للكفيل التمسك ببطلان الالتزام المكفول ولو تنازل عنه المدين.

ثالثا: للكفيل أن يتدخل في الدعوى المرفوعه على المدين، ويتمسك بأي دفع سواء تمسك به المدين أو لم يتمسك به .

رابعا : إن الدفع ببطلان الالتزام المكفول هو دفع قائم على أسباب تتعلق بالدين المكفول يتمسك به الكفيل لإبراء ذمته، أو لرد مطالبة الدائن له على أساس التزامه التزام تابع لالتزام المدين .

خامسا: للكفيل التمسك بجميع الدفوع المتعلقة بالتزامه والناشئة عن عقد الكفالة .

سادسا: يترتب على ثبوت وقبول الدفع ببطلان الالتزام المكفول بطلان عقد الكفالة ذاته مما يترتب عليه بطلان كل التزام نتج عنه.

الفرع الثاني

الدفع بإبطال الالتزام المكفول

فكما تقدم قد يكون العقد عند انعقاده قابلاً للإبطال مما يستتبع مع أن يكون الالتـزام المكفول قابلاً للإبطال كذلك، فقبل التعرض لحق الكفيل في هذا الدفع فلا بد لنا من التطـرق للعقد القابل للإبطال من حيث ماهيته وكيفيته.

فالعقد القابل للإبطال يعني البطلان النسبي، فهو عقد يرتب جميـع آثـاره كالعقـد الصحيح في بدايته، ويكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله، ويزول هذا الحق بالنزول عنه أي أن العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة، ويتقادم الدفع بإبطاله بانقضاء مدة معينة دون يستعمل([1]).

وعليه فالبطلان النسبي، هو البطلان الذي يلحق عقد الكفالة بسبب عيب من عيـوب الرضا كالإكراه والغلط والتدليس أو بسبب نقص أهلية المدين، وبما أن التزام الكفيل تـابع لالتزام المدين ، مما يترتب عليه أنه إذا كان التزام المدين قابلاً للإبطال كان التزام الكفيـل قابلاً للإبطال كذلك، لذلك لابد لنا من دراسة قابلية عقد الكفالة للإبطال ضمن حالتين هما:

الحالة الأولى: إذا كان التزام المدين الأصلي المكفول ناشئاً عن عقد قابل للإبطـال بسبب عدم الرضا أو الغط أو التدليس والإكراه في هذه الحالة يكون للكفيل حسب فكره التبعية أن يدفع مطالبة الدائن له بإبطال الالتزام المكفول. أي أنه للكفيل أن يتمسك بقابلية الالتـزام المكفول للإبطال بسبب عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه والغبن سواء أكان على علم بوجود العيب أو لم يكن يعلم به وقت انشاء الكفالة.

الحالة الثانية : إذا كان التزام المدين الأصلي المكفول ناشئاً عن عقد قابل للإبطـال بسبب نقص أهلية المدين كأن يكون قاصراً أو محجوراً عليه، هنا في هذه الحالة يجب مراعاة ثلاثة فروض هي :

---

(1) دكتور السنهوري ــ عبد الرزاق – الوسيط ــ الجزء الأول ــ ص0563

الفرض الأول : إذا كان الكفيل لا يعلم سبب قابلية التزام المدين للإبطـــال . يكـــون للكفيل والحالة هذه أن يتمسك بأبطال التزامه، حتى ولو لم يتمسك المـــدين بإبطـــال التـــزام المكفول([1]).

الفرض الثاني : إذا كان الكفيل وقت الكفالة يعلم بسبب القابلية للإبطـــال أي يعلـــم بنقص أهلية المدين، والكفالة لم تكن بسبب نقص الأهلية. في هذه الحالة لا يجوز للكفيل أن يتمسك بإبطال- التزامه ، حيث يبقى التزامه قائماً طالما بقي التزام المدين قائمـــاً(2). فـــإذا طلب المدين إبطال التزامه بطل التزام الكفيل تبعاً لذلك بصفة تبعية.

الفرض الثالث : إذا كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص أهلية المدين، فإن التزام الكفيل يظل قائماً حتى ولو أبطل التزام المدين، لأن الكفيل في هذه الحالة متعهد عـــن الغيـــر، أي بصفة أهلية وليس باعتبار كفيلاً(3).

وعلية فلا يجوز للكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بإبطال العقد بسبب نقص الأهليـــة مادام أن الكفالة قد تمت بسبب نقص أهلية المدين، أي أن الكفالة قد تمت بقصد تغطية النقص في الأهلية، لا بمجرد علم الكفيل به وقت الكفالة.

ففي الفروض السابقة يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع بإبطال الالتزام المكفول وبالتالي بإبطال عقد الكفالة باستثناء الفرض الثالث أي إذا كانت الكفالة قد حـــصلت بـــسبب نقـــص الأهلية، إذا أجاز المدين عند زوال نقص الأهلية أو أجاز من له حق إجـــازة العقـــد القابـــل للإبطال لنقص الأهلية، في هذه الحالة لا يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع بإبطـــال الالتـــزام المكفول كون المدين قد أجاز هذا العقد، ويكون الكفيل بذلك قد كفل المدين بسبب نقص أهلية.

نخلص القول بأنه للكفيل الدفع بإبطال الالتزام المكفول إذا كانت الكفالة قد حـــصلت بسبب نقص أهلية المدين حيث يفترض في الكفيل العلم بذلك لتعذر تصور وقوع الكفالة في هذه الحالة والكفيل جاهل بنقص الأهلية، وللكفيل حق التمسك بالبطلان في غير هذه الحالـــة لمجـــرد علمه بنقص الأهلية طالما أن الكفالة لم تعقد لتغطية هذا النقص.

---

(1) هذا الحكم مأخوذ من مفهوم المخالفة لنص المادة 2/782 من القانون المدني المـــصري ويقابلهـــا المـــواد التشريعات العربية المدنية التالية : المادة 796 مدني ليبي، والمادة 980 مدني الأردنـــي، والمـــادة 669 مـــدني سوداني، والمادة 753 مدني سوري.

(2) السنهوري - عبد الرزاق - الوسيط - ج10- ص48،والدكتور منصور - مصطفى - مرجع سابق - ص066

(3) هذا هو الحكم المادة 777من القانون المدني المصري يقابلها: المادة : المادة 786 مدني ليبي، والمادة 743 مدني سوري، والمادة 659 مدني سوداني، والمادة 2/750 مدني كويتي.

فالعقد القابل للإبطال أي الباطل بطلاناً نسبياً ينعقد صحيحاً ويوجب آثاره الإلزامية بين عاقديه ولكنه قابل للإبطال بناء على طلب الشخص الذي قصدت حمايته بهذا البطلان ،كأن يقع المدين المكفول في غلط عند تعاقده وتوافر في الغلط الشروط الواجب توافرها لجعل العقد قـــابلاً للإبطال، وتمسك المدين بإبطال العقد، في هذا الحالة يجوز للكفيل أن يتمسك بإبطال الكفالة أسوة بالمدين الأصلي، وعليه فإذا أجاز المدين العقد فإن للكفيل حق التمسك بإبطال الكفالة حتى بعـــد الإجازة ما لم يجز الكفيل الكفالة، ففي هذه الحالة تصبح الكفالة صحيحة بعـــد أن كانـــت قابلـــة للإبطال .هذا الحكم ما لم يكن الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين وكفله بسبب نقص الأهلية فإنـــه لا يجوز له التمسك بنقص الأهلية، بل يكون الكفيل في هذه الحالة مديناً أصـــلياً وملزمـــاً بتنفيـــذ الالتزام وبالتالي لا يكون كفيلاً وهذا ما أكدته معظم التشريعات المدنية العربية المشار إليها آنفاً.

الفرع الثالث

الدفع بانقضاء الالتزام المكفول

لقد تقدم سابقاً بأن للكفيل أن يتمسك ببطلان التزام المدين لعيب في الشكل أو لانعدام الرضا أو لانعدام مشروعية سبب العقد أو لعدم توافر شروط المحل أو حتى لأي سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام.

كما أن التشريعات الحديثة قد أعطت الحق للكفيل في التمسك بإبطال عقد المدين الأصلي ذلك لأن التزامه يكون تبعا ً لذلك قابلاً للإبطال ، حيث يستطيع الكفيل أن يتمسك بنقص أهلية المدين الأصلي إلا إذا كان هذا الكفيل قد كفل المدين بسبب نقص الأهلية.

ونظراً لكون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلي فإذا انقضى التزام المدين الأصلي لوفاء الدين المكفول أو حتى لأي سبب آخر غير الوفاء كالتجدد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم والوفاء بمقابل واستحالة التنفيذ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه كونه تابعاً لالتزام المدين الأصلي، وهذا ما أشارت إليه كثير من التشريعات العربية. وبما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين يترتب على ذلك أن ذمة الكفيل تبرأ بمجرد براءة ذمة المدين، و للكفيل أن يتمسك تجاه المدائن بجميع الدفوع التي يمكن أن يحتج بها المدين. مما يعني أنه إذا لم تبرأ ذمه المدين من الدين المكفول فلا تبرأ ذمه الكفيل تبعا لذلك حتى ولو تغير شخص الدائن([1]).

كذلك هو الحال إذا قام شخص غير المدين بوفاء الدين المكفول للدائن وترتب على هذا الوفاء أن حل هذا الشخص قانونا أو اتفاقا ًمحل الدائن، فلا ينقضي الالتزام المكفول ولا ينقضي تبعا ً لذلك التزام الكفيل، بل كل ما في الأمر أن يحل الشخص الموفي محل الدائن في حقه وما يلحقه من توابع ومنها الكفالة.

أما إذا حول الدائن حقه المكفول إلى غيره انتقل الحق إلى المحال له بضماناته ومنها الكفالة في حين أن حوالة الدين يترتب عليها تغير شخص المدين والكفيل قبل أن يكفل مديناً معيناً. حيث أنه لا يمكن إجباره على كفالة شخص أخر، وهذا ما نصت عليه المادة 318 من القانون المدني المصري الجديد.

---

(1) هذا هو حكم المادة 782/1من القانون المدني المصري ويقابلها بهذا الخصوص مواد التشريعات المدينة العربية الآتية: المادة 1077 موجبات وعقود لبنى، و المادة 664 مدني سودي، والمادة 791 مدني ليبي، والمادة 748 مدني سوري، والمادة 1513 مدني تونسي موافقة، والمادة 987 مدني أردني.

وتأسيساً على ما تقدم فيكون للكفيل الحق في دفع دعوى الدائن بدفع المقاصة الحاصلة بين المدين والدائن، والسبب في ذلك لأن المقاصة عند ما تقضي على الدين المكفول، تقتضي كذلك على التزام الكفيل ولكن بنسبة ما دفع للمدين الأصلي المكفول .

وللكفيل كذلك أن يدفع بالتقادم، إذا تم قطع مرور الزمن، بالنسبة للمدين، حيث يسري علية أيضا نظراً للعلاقة القائمة ما بين المدين المكفول وكفيله. إلا قطع التقادم أي مرور الزم تجاه الكفيل فقط ، لا يستفيد منه المدين المكفول([1]). وعليه فإن الكفيل يستطيع أن يدفع مطالبة الدائن له بانقضاء الالتزام المكفول أياً كان السبب الذي أدى إلى ذا الانقضاء ذلك أن انقضاء الالتزام المكفول يؤدي إلى براءة ذمة المدين مما يستتبع معه بالضرورة انقضاء الكفالة وبالتالي براءة ذمة الكفيل، فقد جاء في قرار المحكمة التمييز الأردنية أنه: ((إذا كفل الكفيل المكفول لتنفيذ التزامه في العقد تجاه شخص آخر وثبت قيام المكفول بالتزامه فلا يكون الكفيل ملزماً بشيء من بدل الكفالة على اعتبار أن براءة ذمة الأصيل توجب براءة ذمة الكفيل))([2]).

فالنتيجة التي خلصت بها من خلال الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول هي أنه للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع تتعلق بالدين المكفول، حيث أن الكفيل غير المتضامن يستطيع التمسك بجميع الدفوع التي يحتج بها المدين الأصلي، وعليه فإن للكفيل المتضامن مع المدين أن يدفع تجاه الدائن بأوجه الدفع إلى مدى أبعد مما يحتج به المدين المتضامن، فلا خلاف فيما إذا كان الكفيل متضامناً أو غير متضامن([3]).

وتأسيساً على أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي المكفول، فهو يبطل كلما بطل هذا الالتزام، كما أنه ينقضي بمجرد انقضائه ويترتب على ذلك أن للكفيل يتمسك بوجه من هذه الأوجه ضد التزام هو، ولو نزل المدين المكفول عن هذا الدفع فإنه إنما ينزل عن التزامه بالنسبة إلى التزامه هو كمدين ، ويبقى يتمسك الكفيل بالدفع الذي نزل عنه المدين المكفول ضد التزامه هو ككفيل لا ضد التزام المدين المكفول .

---

(1) يكن – زهدي، مرجع سابق –ص 291.

(2) القرار التمييزي رقم 415 / 66 المنشور على الصفحة 299 من مجلة نقابة المحامين لسنة 1967 كذلك جاء في القرار التمييزي رقم 311 / 67 المنشور على الصفحة 1229 سنة 1976 والذي جاء فيه (أنه إذا أوفى المدين الأصلي التزامه للدائن فيكون الدين قد انقضى بحق الأصيل والكفيل عملاً بالمادة 662 من المجلة العدلية، ويكون التزام الكفيل بدفع الدين رغم الوفاء به هو التزام باطل).

(3) هذا هو حكم المادة 794 مدني مصري والمادة 1069 موجبات وعقود الثاني موافق لهذا الحكم.

المطلب الثاني

الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة

لقد تقدم أن الدائن عليه التزامات وبنفس الوقت له حقوق ومن التزامات الدائن الالتـــزام بالمحافظة على التأمينات الخاصة الضامنة للدين المكفول وكذلك اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره والالتزام الثالث هو أن يتقدم الدائن في تفليسة المدين في حالـــة إفلاســـه، ويقابـــل هـــذه الالتزامات المفروضة على الدائن حق للكفيل في التعويض عما أصابه من ضرر نتيجـــة خطـــأ الدائن وتقصيره وإهماله.

ورأينا كذلك بأنه يحق للكفيل أن يدفع دعوى الدائن قبله بالدفوع التي تكون للمدين تجـــاه الدائن والمتعلقة بالتزام المكفول ، ولم يقف المشرع العربي عند هذا الحد بل أعطى للكفيل دفوعاً أخرى ترجع إلى عقد الكفالة ذاته والتي بمقتضاها يكون للكفيل أن يدفع دعوى الدائن قبله.

فالدفوع الناشئة عن عقد الكفالة تعطـــي للكفيل الحق بما لهذا العقد من كيان ذاتي ، فـــي التمسك بكل ما يؤثر في التزامه من حيث الصحة والبطلان وكذلك الانقضاء وتأجيل النفاذ، فبهذا الخصوص عقد الكفالة لاختلف عن غير من العقو

فكما نعلم بأن موضوع التزام الكفيل هو كفالة الوفاء بالدين المكفول، فإذا وفي الكفيل بهذا الدين يكون قد وفي بدين المدين الأصلي الذي كفله، فوفاء الكفيل للدائن بالدين المكفـــول يعطيـــه الحق في أن يرجع على المدين فيما وفاه، كما أن وفاء الكفيل للدائن يوجب على هذا الأخيـــر أن يصدر منه ما يهدد حق الكفيل في الرجوع على المدين لاستيفاء حقه منه، لأجل ذلـــك وضـــماناً لحق الكفيل في الرجوع فقد أعطي للكفيل دفوعاً يستطيع أن يدفع بها تجاه الدائن لاستيفاء حقـــه وهذه الدفوع سوف نبحثها ضمن ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول :- الدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطأ الدائن.

الفرع الثاني :- الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره.

الفرع لثالث : - الدفع بعدم تقدم الدائن في تفلسيه المدين.

الفرع الأول

الدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطأ الدائن

كثيراً ما قد يحصل أن يكون الالتزام المكفول مضموناً بتأمينات أخرى، ضماناً لاستيفائه، فيكون للكفيل مصلحة ملموسة في بقاء واستمرار هذه التأمينات، كونها تضمن رجوع الكفيل على المدين بعد أن يقوم بالوفاء بدلاً عنه، فالكفيل كما سبق القول يفي بالالتزام المكفول عندما لا يفي به المدين . فإذا وفاه رجع بعد ذلك على المدين، ولذلك يقع على عاتق الدائن التزاما بالا يقوم بأي عمل من شأنه أن يهدر حق الكفيل في الرجوع على المدين أو حتى يجعله مؤثراً.

فإذا نتج عن فقدان التأمينات الضامنة للدين ضرر محقق للكفيل بخطأ الدائن، كان لهـذا الكفيل أن يرد عنه مطالبة الدائن من خلال الدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين، فالقانون أو جد هذا الدفع ليكون سببا لإعفاء الكفيل من كفالتة وذلك بتقدير براءة ذمة الكفيل عن طريق منحه إياه.

فهذا الدفع تعرض له كثير من تشريعاتنا العربية المدنية من خلال النص علية بنصوص بعضها صريحة والبعض الآخر ضمنية، حيث نصت المادة 1/784 من القانون المدني المصري على أنه :((1- تبرا ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمان). كما نصت عليـة المادة 1089 من القانون الموجبات والعقود اللبناني، حيث جاء فيها أنه : ((تبرا ذمة الكفيـل إذا اصبح حلوله محل الدائن في الحقوق غير الممكن بسبب فعل من الدائن))، وهذا هو حكم كل من التشريعات العربية المدنية التالية : المادة 750 مدني سوري ، وا لمادة 1027 مـدني عراقـي، والمادة 666 مدني سوداني ، والمادة 659 مدني جزائري موافقة، و المادة 980 /2 مدني أردني موافقة.

فبما أن معظم التشريعات المدنية العربية الحديثة تبرئ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ، الأمر الذي يتطلب منا بحث هذا الدفع من جوانب عدة، تتمثل في الحكمة من هذا الدفع، والكفلاء الذين لهم حق التمسك به، والأساس الذي يقوم عليه هذا الدفع ، وشروطه وأخيرا آثاره.

أولا : الحكمة من هذا الدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدائن بخطأ الدائن.

تكمن الحكمة من هذا الدفع يسمو في الأهمية عندما يقوم الكفيل بوفاء الدين المكفول إلى الدائن، فإنه يترتب على هذا الوفاء أن يحل الكفيل محل الدائن فيما له من حقوق ومـن ضـمنها

التأمينات الضامنة للدين المكفول التي تساعده في رجوعه بما وفاه على المدين أو على غيره من الكفلاء.

فإذا أضاع الدائن هذه التأمينات فإنه يكون بذلك قد ضيع على الكفيل فرصته في استيفائه لحقه الذي حل فيه محل الدائن ، فيكون الجزاء الذي رتبه القانون على ذلك هو براءة ذمه الكفيل في مواجهة الدائن، بقدر ما أضاعه هذا الدائن من تأمينات ضامنة للدين المكفول([1]).

ونضيف لما سبق بأن الكفيل يلتزم بالدين المكفول بصفة تبعية ولا مصلحة له في ذلــك الدين، لذلك نجد بأنه يجب تعويضه عن أي تقصير ينسب إلي الدائن في رجوعه علـــى المـــدين الأصلي، لأنه إذا أضاع الدائن التأمينات الضامنة للدين بخطئه فإن ذلك يقلل من احتمال حصول الكفيل على حقه عند الرجوع على الدائن، لذلك جعل المشرع براءة ذمة الكفيل جزاء على خطأ الدائن.

ثانياً: الكفلاء الذيــن لهم حــق التمــسك بهــذا الدفع .

فالدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين المكفول بخطا الدائن هو دفع خاص بالكفيل وحده وجميع الكفلاء ، فلكل كفيل أياً كان نوعه أو مصدر التزامه أي يتمسك بهذا الدفع ، سواء كـــان كفيلاً متضامنا أو غير متضامن([2]).

كذلك يكون للكفيل الشخصي والكفيل العيني حق التمسك بهذا الدفع ، حيث أن الكفيــل الشخصي كالكفيل العيني ، فكلاهما قد التزام بوفاء الدين المكفول والذي هو بطبيعية الحال لــيس في ذمته، كما أن لكليهما حق الرجوع على المدين بعد وفاء الدين المكفــول ، وعليــه فيكــون لكليهما حق الحلول محل الدائن في حقه و كذلك الاستفادة من التأمينات الضامنة للدين المكفــول، وهذا ما أكدته نصوص التشريعات العربية المدنية المتعلقة بهذا الدفع والمشار إليها عنــد بدايــة الحديث عن هذا الدفع ، فهذه النصوص لم تفرق بين الكفيل الشخصي الكفيل العيني، لهذا ولكل ما تقدم فلا نجد سبباً لحرمان أي من الكفلاء من حق التمسك بهذا الدفع .

فمن خلال ما تقدم نلاحظ بأن المشرع العربي قد أحاط الكفيل مهما كان نوعه بسيطاً أو متضامنا ، شخصي أو عيني ، رعاية اكبر تتفق مع مركزه، كمدين تابع لا مصلحة له في الدين المكفول، فالكفيل حتى ولو كان متضامناً يجوز له التمسك بالدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطا الدائن ، لانه يعد مديناً تابعاً وليس مدينا متضامناً .

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج 10، ص 243.

2 **Laurent , principes de Droit civlfrancancais ,t .28a 31.p304.**

وعليه فيحق للكفيل العيني كما يحق للكفيل الشخصي متضامناً أو غير متضامن أن يتمسك بهذا الدفع إذا ارتكب خطا أضاع عليه التأمينات الضامنة للدين .

إن التمسك بالدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطأ الدائن يثبت للكفيل وحدة وأيا كان نوعه، لذلك فلا يحق لمدين المتضامن مع غيرة من المدينين المتضامنين التمسك بهذا الدفع لسببين هما :

السبب الأول : لان المدين المتضامن ليس بكفيل فهو حسب طبيعة التضامن مدين أصلي بكل الدين([1]).

السبب الثاني : لان علاقته بالدين مستقلة عن علاقته بالمدينين الآخرين بنفس الدين،أي رابطته بالدائن مستقلة عن رابطته بالمدينين الآخرين.

ثالثاً : الأساس الذي يقدم علية الدفع بإضاعة والتأمينات الضامنة للدين بخطا المدائن.

إن اقتران عقد الكفالة بتأمينات خاصة وضامنة للدين المكفول، يتطلب من الدائن الالتزام بالمحافظة على الضمانات والتأمينات الخاصة التي تضمن الالتزام المكفول ، ذلك رعاية لمصلحة الكفيل، فإذا لم يعد للدائن حق في التأمينات الضامنة للدين نتيجة لخطئه، وترتب على خطا الدائن هذا سقوط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب الأخير من ضرر نتيجة لهذا الخطأ([2]).

وفي الواقع طبيعة الكفالة تقضي أنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين المكفول عندما لا يفي به المدين الأصلي، فإنه يحل محل الدائن في الرجوع على المدين،وحلوله هذا يكون في الحق ذاته وكذلك في الضمانات والتأمينات المتعلقة به . مما يعني أن الدائن مجبر في المحافظة على التأمينات الضامنة للدين المكفول، فإذا تسبب هذا الدائن بخطئه في ضياعها فإنه يكون بذلك قد اضر بالكفيل في رجوعه المحتمل على المدين،ولذلك يقلل من احتمال حصوله على حق من المدين، لذلك أعطى المشرع للكفيل الحق في أن يدفع مطالبته إياه ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه هذا الدائن بخطئه من هذه الضمانات.

ننوه بأن ذلك لا يعني بأن عقد الكفالة اصبح عقداً ملزماً لجانبين وهما الدائن والكفيل، لان التزامات الدائن بخصوص ما ينتج عن عقد الكفالة لا يكون سببها التزامات الكفيل المقابلة حتى نستطيع القول بأن هذا العقد ملزم للجانبين، إذ ليس من المعقول أن يكون الكفيل قد التزام بوفاء الدين، لان الدائن يلتزم بالمحافظة على التأمينات الأخرى الضامنة للدين، ونحن

---

(1) كولان وكابتيان –ج 2 – فقرة 1419 وجوسران –ج 2– فقرة 1490(رمضان).

(2) السنهوري ــ عبد الرزاق ، الوسيط ، ج2 ، ص 243 منصور ــ مصطفى منصور ، مرجع سابق ، ص 73و 74 .

بخصوص الأساس الذي يقوم عليه الدفع بإضاعة التأمينات نجد أن أساس التمسك بالــدفع محــل الطرح الضرر الذي لحق بالكفيل من جراء إضاعة التأمينات بخطا الدائن،حيث تبرا ذمه الكفيــل لان الدائن قد تسبب بخطئه في جعل حلول الكفيل يحل محله في ضماناته مستحيلا وقد بات من حق الكفيل أن يحل محل الدائن في هذه الضمات .

فإذا أضاع الدائن هذه الضمات التي اعتمد عليها الكفيل في كفالته للمدين كان من حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضيع من الضمان، أضف إلى هذا السبب سبب آخر هو أن الكفيل من حقه أن يحل محل الدائن في الضمانات التي كانت لهذا الأخير بسبب الخدمة التي يؤديهــا الكفيل للدائن .

رابعاً: شروط الدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطأ الدائن :

يتضح من خلال نصوص التشريعات العربية المدنية بخصوص الدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطا الدائن أنه يشترط للتمسك بهذا الدفع عدة شروط هي([1]).

1. أن يكون الدين المكفول مضمونا بتأمينات خاصة .
2. أن يكون الدائن قد أضاع التأمينات الخاصة .
3. أن تكون إضاعة التأمينات بخطا الدائن .
4. أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع .
5. أن يترتب على إضاعة التأمينات ضرر للكفيل
6. أن يثبت الكفيل الدفع بإضاعة التأمينات .

---

(1) السنهوري –عبد الرزاق، الوسيط،ج 10،ص243 ومنصور – مصطفى منصور، مرجع ســابق، ص73 و74.

لذلك لابد لنا من بحث هذه الشروط كل على حد أو بشي من التفصيل تباعاً .

الشرط الأول : أن يكون الدين المكفول مضمونا بتأمينات خاصة.

لقد رأينا من خلال النصوص التشريعية الخاصة بالدفع بإضاعة التأمينات الخاصة بخطأ الدائن بأن المقصود بالتأمينات، هو كل تامين يخصص

لضمان الدين ، سواء كان هذا لتامين شخصياً كوجود كفيل آخر أو وجود مدين متضامن مع المدين الأصلي، وسواء كان تاميناً عينياً كرهن رسمي أو رهن حيازي أي وجود شيء في يد الدائن يباشر علية الحق في الحبس، أو كوجود حق اختصاص أو حق امتياز لضمان الدين المكفول([1]).

لذلك لا مبرر للاشتراط بأن يكون التامين الخاص تأميناً عينياً، فيجوز أن يكون التامين شخصياً كالكفالة والتضامن أو حتى أي وسيلة أخرى من وسائل الضمان كالحق في الحبس . كما يظهر لنا أن التامين الخاص لا يشترط فيه أن يكون اتفاقيا، بل يجوز أن يكون قضائياً كحق الاختصاص أو قانوناً كحق الامتياز، كما نجد بأنه لا يشترط أن يكون التسامين الخاص مقرر على مال للمدين بل يصح أن يكون مقرراً على مال غيرة كالكفيل العيني والحائز، ولا يلزم أن يكون مقرراً وقت نشو الدين المكفول أو وقت الكفالة بل يكفي أن يكون قد تقرر قبل براءة ذمه الكفيل، أي أن جميع التأمينات تدخل سواء ما وجد منها عند قيام الكفالة أو ما يوجد منها بعد قيام الكفالة([2]).

الشرط الثاني : يكون الدائن قد أضاع التأمينات الخاصة .

هذا الشرط يقضي أن يكون التامين قد وجد ثم أضاعه الدائن، وليس المقصود بذلك أضعاف الضمان المقرر لكل دائن على أموال المدين، فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع، إلا إذا كان للدائن تأمين خاص ثم أضاعه الدائن ، فمجرد الإهمال في الحصول على تأمين خاص كان من حقه الحصول عليه ، كما لو كفل الكفيل المستأجر في دين الأجرة ولم يطالب الدائن (المؤجر) المستأجر بوضع منقولات في العين المؤجرة تضمن دين الأجرة ، فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع لعدم تحقق الشرط المطلوب وهو عدم وجود التأمين الخاص قبل التمسك بهذا الدفع([3]).

---

(1) مرقس – سليمان ، مرجع سابق ، ص 102و103 .

(2) السنهوري – عبد الرزق–الوسيط ج10 ،ص240 وما بعدها.

(3) عبد الباقي – عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص226 ومنصور – مصطفي ، مرجع السابق ، ص75.

ومما سبق يتضح بأن الكفيل لا يستفيد من هذا الدفع إذا أضعف الدائن ماله من ضمان عام على أموال المدين ، كما لو تأخر في اتخاذ الإجراءات إلى أن أعسر المدين ، أو قام الدائن بمنح المدين أجلا جديداً ، إلا إذا ترتب على ذلك ضياع تأمين خاص كفقد الحق في الحبس .

فأضعاف الضمان العام لا يكفي لاستعمال هذا الدفع بل لابد من أن يترتب على خطأ الدائن ضياع التأمين الخاص وكذلك يلحق الكفيل ضرر من جراء إضاعة الدائن التأمينات الضامنة للدين بخطئه ، فقد يحكم القاضي ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما عاد عليه من ضرر على سبيل التعويض([1]).

الشرط الثالث : أن تكون إضاعة التأمينات بخطا الدائن .

بمقتضى هذا الشرط فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع إلا إذا كان الدائن قد أضاع بفعله وبخطأ منه التأمينات الضامنة للدين ، فإذا تحقق أن ضياع التأمينات الضامنة للدين المكفول كان بغير خطأ من الدائن فلا يجوز للكفيل كذلك التمسك بهذا الدفع .

وعليه فلا يحق للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بالدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين المكفول إذا كانت إضاعتها بسبب أجنبي عن الدائن كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المدين أو خطأ الكفيل نفسه ، لأنه لا محل لمساءلة الدائن عن ذلك([2]).

فقد يشترك الكفيل مع الدائن في إضاعة التأمينات الخاصة بالدين المكفول ، في ذلك اختلف الفقه ، فقد ذهب رأي إلى أن توزع المسؤولية بين الكفيل والدائن وفقا لقواعد الخطأ المشترك وتبرأ ذمة الكفيل بقدر تقصير الدائن([3]). في حين ذهب رأي آخر نميل إليه إلى أن ذمه الكفيل لا تبرأ مادام قد اشترك مع الدائن في أضاعة التأمينات ويبقى ملتزماً بكل الدين[4]. فمن وجهة نظرنا نجد أن الكفيل يستطيع التمسك بهذا الدفع على أساس أنه لا يجوز له أن ينعى على الدائن نتيجة اسهم في تحقيقها.

فقد يتمثل خطا الدائن بالفعل الإيجابي كابراء ذمة كفيل آخر أو مدين آخر متضامن مع المدين أو النزول عن حق الحبس أو عن الرهن ، وقد يتمثل خطا الدائن بالفعل السلبي ذلك كعدم

---

(1) منصور – مصطفى ، مرجع سابق –ص76.

(2) مشار إليه في أبو السعود – رمضان – الرجع السابق – ص 156 ومر قس – سليمان – مرجع سابق ، ص102.

(3) يحيى – عبد الودود ، الرجع السابق، في 67 ومنصور – مصطفى، الرجع السابق، ص 77 و أمام – محمد ، مرجع سابق ، ص 187.

(4) أوبري ورو رقم 429 ص245 وبودري وقال رقم 1177 ص 617و عبد الباقي – عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص 230 و تناغو – سمير ، مرجع سابق، ص 94 .

قيد الرهن أو عدم تجديد قيده أو عدم استرداد الشيء المحبوس أو الرهن رهناً حيا زيا إذا خرج من حيازته دون علمه أو رغم إرادته .

فيعتبر الخطأ قد صدر من الدائن سواء صدر منه شخصياً أو صدر مـــن شـــخص هـــو مسؤول عنه كوكيله أو تابعه، وعلية فالدائن يسأل عن خطا محاميه الذي يـــؤدي إلـــى ضـــياع التامين، كعدم قيد الرهن أو عدم تجديد القيد .

بالنسبة لتقدير الخطأ فأنه يعود لسلوك الرجل المعتاد، وعليه فإذا كان مسلك الدائن ممالا يسلكه الرجل العادي كان مخطئا ، ولا خلاف إذا كانت إضاعة التأمينات بخطأ الدائن أو بخطا من تحت رقابته وإدارته كالوكيل مثلاً([1]).

وبخصوص تقدير الخطأ لا نتفق مع ما سبق بأنه يعود تقديره لسلوك الرجـــل المعتـــاد، فالرجل العادي كثيراً ما يخطئ وقد يتعمد الخطأ كذلك، فمعيار تقدير الخطأ من وجهة نظرنا هي أن يكون الدائن أو من هو تحت رقابته هو الذي تسبب بإضاعة التأمينات الخاصة بالدين المكفول .

الشرط الربع :أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع .

فكما سبق أن تحدثنا بأن هذا الدفع هو دفع مقرر لمصلحة الكفيل، وبالتالي لـــيس مـــن النظام العام لذلك يجب على الكفيل التمسك به، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، مما يعني أنه يحق للكفيل التنازل عنه صراحة أو ضمنا، سواء كان في عقـــد الكفالـــة أو بعـــد انعقاده، وسواء كان قبل أضاعه التامين أو بعد أضاعته .

وعليه فإن الدفع بإضاعة التأمينات بخطا الدائن هو دفع مقرر لمصلحة الكفيل ولا يتعلق النظام العام ، لذلك يجب على الكفيل التمسك به، ألا أن ذلك لا يمنعه من النزول عنـــه كمـــا سبق .

---

(1) منصور – مصطفي ، مرجع سابق، ص 77.

الشرط الخامس : أن يترتب على إضاعة التاميات ضرر للكفيل .

لقد تقدم بأن الدفع بإضاعة التأمينات مبني على أساس التزام الدائن بالمحافظة على هذه التأمينات ومسؤليته عن الإخلال بهذا الالتزام إذا ترتب عليه ضرر للكفيل .لذلك فحصول الضرر للكفيل بسبب إضاعة التأمينات يعتبر شرطاً أساسيا لمسؤولية الدائن وكذلك شرطاً لثبوت الحق للكفيل في الدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين المكفول بخطا الدائن .

فالضرر يتحقق بمجرد ضياع تأمين خاص منتج، حتى ولو كان المدين موسراً أو كان الدين المكفول مضموناً بتأمينات أخرى كافية للوفاء بالدين المكفول ، ولعلة في ذلك تكمن لأنه بمجرد ضياع التأمين الخاص المنتج من شأنه أن ينقص ضمانات الدين المكفول ، وكذلك يزيد من احتمالات عدم تحصيله(1).

لذلك فلا يحق للدائن أن يدفع بيسار المدين أو بأن التأمينات الباقية تجاوز قيمة الدين المكفول ، لان اعتراضه هذا يكون حري بالرد إذ أنه لا مصلحة له في أن يتمسك بالكفالة .

فالنتيجة الوحيدة التي نخلص بها من خلال دراسة هذا الشرط أنه إذا كان التأمين الذي أضاعه الدائن غير منتج ، ككفالة شخص أصبح معسرا ، أو رهن متأخر على عقار مثقل بديون تجاوز قيمته ، فلا يجوز للكفيل الدفع تجاه الدائن بإضاعة التأمينات الخاصة بخطأ هذا الأخير ، كونه لا يترتب على أضاعته ضرر للكفيل ، أضف إلي ذلك لا يثبت بضياعه حق للكفيل في براءة ذمته.

الشرط السادس: أن يثبت الكفيل الدفع بإضاعة التأمينات.

ومن خلال دراستنا للدفوع السابقة نلاحظ بأنها دفوع تتعلق بمصلحة الكفيل وعليه أن يثبت مدى صحة أي دفع منها، وهذا الدفع كغيره من الدفوع يقع على عاتق الكفيل الذي يتمسك به إثبات شروطه، أي يجب على الكفيل أن يثبت أن الدين المكفول كان مضموناً بتأمين خاص، وأن يثبت كذلك أن هذا التامين قد ضاع أو فقد، وعلية كذلك بمقتضى الشروط السابقة أن يثبت أن التامين قد ضاع أو فقد بخطا الدائن أو خطأ مما يسأل عنهم الدائن، فإذا أثبت الكفيل هذه الشروط وأثبت أنه قد لحقه ضرر من جراء هذا الضياع أو الفقدان من قبل الدائن، اعتبر التامين الذي ضاع كان منتجا، إلا أنه غير مطالب بإثبات أن التأمين ذو قيمة ، فإذا ادعى الدائن التامين غير ذي قيمة فعليه إثبات ذلك، فكل ما على الكفيل هو إثبات أن الدائن قد أضاع التامين بخطئه(2).

خامساً : آثار الدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطا الدائن .

---

(1) يحي- عبد الودود، مرجع سابق ، ص58 ومر قس- سلميان ، مرجع سابق ، ص108.

(2) مر قس – سليمان، مرجع سابق، ص 108 وتناغو – سمير، مرجع سابق، ص 96 .

فإذا توافرت شروط هذا الدفع، وأثبت الكفيل الدفع بإضاعة التأمينات، كان للكفيل التمسك بهذا الدفع تجاه الدائن سواء عن طريق الدفع في المطالبة الموجهة إليه أو عن طريق الدعوى الأصلية، إلا الغالب هو أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع المطالبة الموجهة إليه(1).

وبخصوص ذلك نميل إلى أنه لا يوجد ما يمنع الكفيل من أن يستعمل حقه في ذلك عن طريق دعوى أصلية مبتدأه ودون انتظار مطالبة الدائن إياه ، فيرفع الكفيل الدعوى ضد الدائن يطلب فيها إعلان براءة ذمته من الكفالة بسبب إضاعة الدائن

التأمينات الخاصة بالدين المكفول، ونعلل ذلك بأنه لا يترتب على توافر شروط الدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين المكفول بخطأ الدائن براءة ذمتة الكفيل إلا بقدر قيمة ما أضاعه الدائن من تأمينات، فإذا ضاع من التأمينات ما يعادل قيمة الدين المكفول كله حكم ببراءة ذمة الكفيل براءة تامة . وإذا كان ما أضاعه الدائن من تأمينات يعادل جزءاً معيناً من الدين المكفول حكم ببراءة ذمة الكفيل بقدر هذا الجزء فقط.

فبما أن هذا الدفع هو دفع موضوعي ويجوز للكفيل التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ،وبما أن حق الكفيل في استعمال هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام،الأمر الذي يعطي الكفيل الحق في النزول عنه متى شاء، لأن النزول عنه يعتبر بمثابة اتفاق على إعفاء الدائن من المسؤولية عن إضاعة التأمينات ، وعليه فلا يجوز للقاضي يحكم ببراءة ذمة الكفيل من تلقاء نفسه كون هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام .

نخلص القول بأنه إذا ثبتت شروط الدفع بإضاعة التأمينات جمعيها، ترتب على ذلك براة ذمة الكفيل بقدر التأمين الذي أضاعه الدائن يكفي للوفاء بكل الدين برعت ذمة الكفيل من كل الدين ، وإذا كان غير كافٍ إلا للوفاء بجزء من الدين فقط فتبرأ ذمة للكفيل من الدين بقدر هذا الجزء.

فبعد دراسة هذا النوع من الدفوع نخلص بالنتائج التالية:

النتيجة الأولى : لا يجوز للكفيل التمسك بالدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين المكفول بخطا الدائن إلا إذا وجد التأمين الخاص أولا ثم أضاعه الدائن بخطئه أو بخطأ من هم تحت رقابته و إدارته . فإذا كان في وسع الدائن أن يحصل تأميناً خاصاً فقصر في ذلك ، فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع ، لان تقصيره لا يعتبر إضاعة للتأمينات ولا يجيز للكفيل التمسك بالدفع بإضاعة التأمينات المقرر له(2).

---

(1) عبد الباقي – عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 233ومنصور – مصطفى، مرجع سابق، ص 79 و أبو السعود – رمضان ، مرجع سابق، ص 158 .

(2) مر قس– سلميان ، مرجع سابق ، ص107

النتيجة الثانية : أن المدين المتضامن لا تبرأ ذمته من التزامه بمجرد إضاعة الدائن بخطئه التأمينات الضامنة للدين ، فهو يستفيد من إضاعة التأمينات عند رجوعه على غيره بدعوى الحلول ، ويجوز له كذلك أن يرجع على الدائن الذي أضاع تأمينا بخطئه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية أو وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية إذا كان الدائن قد تعهد له بالمحافظة على التأمينات(1).

النتيجة الثالثة : للكفيل التمسك بالدفع بإضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطأ الدائن ، إذا كانت إضاعة التأمينات قبل أن تبرأ ذمة الكفيل بالوفاء للدائن ، فإذا أضاع الدائن تأميناً بعد أن وفاه الكفيل وقبل أن يستوفي الكفيل حقه، فلا يكون للكفيل إلا أن يرجع عليه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيريه.

---

(1) منصور – مصطفى ، عقد الكفالة ، ص74 هامش1.

الفرع الثاني

الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره

فبعد أن تعرضنا لكثير من النصوص المتعلقة بالكفالة في كثير من البلاد العربية وجدنا بأن المشرع العربي قد أحاط الكفيل رعاية كبيرة، كانت أدناه أنه لم يشأ أن يجعل الكفيل ملتزماً بعقد الكفالة إلى ما لا نهاية، خصوصاً وأن الدائن قد يتأخر في مطالبة المدين، كما أن القانون لا يجيز للكفيل أن يرجع على المدين إلا بعد أن يكون قد وفى الدين فعلا. لأجل ذلك فقد عـزز المشرع المدني العربي حمايته للكفيل بأن استحدث وسيلة أخرى لحمايته بأن أعطاه الحق في أن يلزم الدائن بأن يتخذ الإجراءات في مواجهة المدين بمجرد إنذاره بذلك.

فإذا حصل وأن أهمل الدائن في اتخاذ الإجراءات خلال ستة اشهر من تاريخ الإنـذار، فإن للكفيل في هذه الحالة أن يتمسك ببراءة ذمته في مواجهة هذا الدائن، عن طريق الدفع بعـدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره، فهذا الدفع تعرضت له غالبيه تشريعاتنا العربية، فقد جاء في المادة 785 من القانون المدني المصري أنة :

1- لا تبرا ذمة الكفيل لمجرد الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات، أو لمجرد أنه لـم يتخذها.

2- أن ذمة الكفيل تبرا إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خـلال سـتة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافيا))([1]).

لذا يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد حلول أجل الدين المكفـول، فـإن تأخر في اتخاذها أو لم يتخذها، ظلت الكفالة قائمة بالرغم من ذلك، فالمشرع العربي يوجب على الكفيل، وحفاظاً على حقه، أن يبادر إلى إنذار الدائن باتخاذ الإجراءات الكفيلة باسـتيفاء الحـق بمجرد حلول أجل الدين المكفول، أو في وقت لاحق، إذ أن العبرة بحلول الأجل الأصلي للدين .

لذلك فلا يلزم الكفيل بالأجل الذي منحه الدائن للمدين بعد حلول الأجل الأصـلي، إلا إذا وافق الكفيل على الأجل الجديد، فإذا لم يتخذ الدائن الإجراءات ضد المدين خلال مـدة الإنـذار برئت ذمة الكفيل سواء كان متضامناً أو غير متضامن([2]).

(1) يقابل هذه المادة بخصوص هذا الحكم مواد كل من التشريعات العربية الاتية : المادة 981 مدني أردني- المادة 794 مدني ليبي - المادة 751 مدني سوري- المادة 667 مدني سوداني - المادة 1036 مدني عراقي موافقة والمدة فيه شهر واحد فقط . - المادة 1079 موجبات وعقود لبناني موافقة ألا أنها لم تعين مدة للإنذار . ويلاحظ بأن مدة الستة اشهر أطول مما يجب ونفضل لو أن المشرع المدني العربي جعلها شهراً واحد كما هي في التشريع العراقي .

(2) المستشار طلبه – أنور، مرجع سابق ، ص 1109 .

نستنتج مما سبق أنه إذا حل أجل الدين المكفول ولكن الدائن منح المدين أجلا جديداً كما سبق أشرنا، فالكفيل غير ملزم بهذا الأجل، فهذا الأجل الجديد لا يقيد الكفيل فله أن يتجاهله وينذر الدائن بمجرد حلول الأجل الأصلي أو بعد حلوله، إذ ليس من المعقول أن يضار الكفيل بفعل الدائن، في حين أن من حقه التمسك ببراءة ذمته وحقه هذا مقرر لمصلحته ولحمايته من تقصير الدائن سواء كان فعله سلبيا أم إيجابيا.

وننوه هنا بأنه إذا حصل المدين على مهلة قضائية من القاضي، فلا يحق للكفيل أن يقوم بإنذار الدائن إلا بعد انقضاء هذه المهلة القضائية([1]). فقبل نهاية الحديث عن هذا الدفع فلا بد لنا من بيان الإجراءات التي يجب أن يتخذها الدائن، فهي تتضمن رفع الدعوى أو استصدار أمر بالأداء للمطالبة بالدين المكفول عندما يكون سند الدين عرفياً ، فإذا لم يفعل الدائن ذلك خلال مدة الإنذار وتبدأ من وقت وصول الإنذار إليه، برئت ذمه الكفيل وانقضت الكفالة([2]).

والمقصود بالإجراءات، هي أي عمل يقوم به الدائن يتضمن رغبته وعزمه على مطالبة المدين بالدين المكفول سواء كان هذا العمل كتابيا أو غير ذلك، فإذا تأخر الدائن في مطالبة المدين عند حلول الأجل وترتب على تأخره ضرر للكفيل كأن يكون المدين قد اصبح معسراً، في مدة التأخير أو زاد إعساره، في هذه الحالة للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له ببراءة ذمته من الدين المكفول بقدر الضرر الذي أصابه من جراء تأخر الدائن في مطالبة المدين .

والتساؤل الذي يثور هنا متى يجوز للكفيل أن يقوم بتوجيه إنذار للدائن بضرورة، اتخاذ الإجراءات ضد المدين ؟ للإجابة على ذلك فلا بد لنا من الرجوع إلى ما سبق ذكره من التزامات الدائن ودفوع الكفيل فنجد أن جميعها كانت تركز على وقت حلول الدين المكفول، لذلك فإن الوقت الذي يجوز فيه للكفيل أن يقوم بإنذار الدائن، هو وقت استحقاق الدين المكفول أو بعد استحقاق، وهذا يعني أنه لا يجوز للكفيل أن يقوم بذلك قبل حلول اجل الدين المكفول، وإذا حدث وأن قام الكفيل بذلك قبل حلول الأجل، فإن الإنذار في هذه الحالة يكون لا قيمة له، وذلك لانه ليس من المعقول أن يقوم الكفيل بإنذار الدائن لكي يقوم هذا الأخير باتخاذ الإجراءات في مواجهة المدين، في حين الدائن نفسه لا يستطيع ذلك ، حتى ولو أراد الدائن ذلك فوقت استحقاق الدين لم يحن بعد([3]).

فإذا حصل وأن قام الكفيل بإنذار الدائن لاتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد حلول اجل الدين المكفول ، إلا أن الدائن أمتنع عن القيام بذلك خلال مدة الإنذار من تاريخ الإنذار ولم يقدم

---

(1) تناغو- سمير، مرجع سابق، 98 .

(2) المستشار طلبه – أنور ، مرجع سابق ، ص1110.

(3) السنهوري – عبد الرزاق، الوسيط ، ج 10، ص 253 ومنصور – مصطفي، مرجع سابق، ص80.

المدين للكفيل ضمانا كافيا، في هذه الحالة للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له ببـــراءة ذمتـــه بقـــدر الضرر الذي أصابه نتيجة تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره([1]).

وعليه فإذا وصل الإنذار إلى الدائن فيجب عليه أن يتخذ الإجراءات اللازمة للرجوع على المدين، ويتمثل ذلك بأن يرفع الدعوى على المدين لمطالبته بالدين المكفول، مع مراعاتـــه عنـــد اتخاذه للإجراءات عناية الرجل العادي وذلك بأن لا يتباطأ فيها بما لا يضر بالكفيل وإلا اعتبـــر كأنه لم يتخذها.

أما إذا لم يتخذ الدائن الإجراءات خلال مدة الإنذار من تاريخ الإنذار، حـــق للكفيـــل أن يتمسك ببراءة ذمته من خلال الدفع الذي نحت بصدده في صورة دفع أو دعوى أصلية مبتـــداه، ونشير هنا إلى أن بعض التشريعات المدنية العربية قد جعلت مدة الإنذار اقل من ســـتة أشـــهر، فالمشرع العراقي جعلها شهر واحد في حين أن المشرع اللبناني لم يعين مدة للإنذار، وهـــو مـــا نفضله لعدة أسباب هي :

السبب الأول: لطول هذه المدة، فقد يكون أجل الدين المكفول في بعض الأحيان أقل من ستة أشهر، فلا يعقل أن تكون مدة الإنذار أطول من اجل الدين المكفول.

السبب الثاني:لاحتمال إعسار المدين خلال تلك المدة بسبب طولها، مما يفوت علـــى الكفيل فرصة استيفاء حقه من المدين، وإذا كان المدين في حالة إعسار فقد يزيد ذلـــك مـــن إعساره.

السبب الثالث: كون الإجراءات التي يتخذها الدائن تجاه المدين لا تتطلب كـــل هـــذا الوقت.

السبب الرابع: لعدم الحاجة إلى هذه المدة أصلا، فالدائن لا يحتاج إلى أحـــد يـــذكره بحقه تجاه مدينيه، فاشتراط الإنذار من قبل المشرع هو من قبيل الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

ونخلص القول من خلال دراسة هذا الدفع الحقائق التالية:

أولا: أن الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره هو دفع موضـــوعي، يترتب على قبوله الحكم برد دعوى الدائن كلها أو بعضها حسب واقع الحال وإبراء ذمة الكفيـــل من التزامه كله أو بعضه، فيجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى مـــا لـــم يقفـــل بـــاب

---

(1) هذا هو الحكم المادة 785 /2 مدني مصري والمادة 1079 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمـــادة 751 مدني سوري والمادة 794 مدني ليبي والمادة 1036 مدني عراقي والمادة 981 مدني أردني .

المرافعة، حيث أن إبداؤه يسقط الحق في إبراء الدفوع الشكلية، ويعتبر الفصل فيه فصلاً في موضوع الدعوى ويحوز حجية الشيء المحكوم فيه([1]).

وينبني على ما سبق بأنه لا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، إذ لابد للكفيل من التمسك به وهذا يعني أنه يجوز للكفيل التنازل عنه سواء عند انعقاد الكفالة أو بعدها، وسواء بعد توجيه الإنذار أو عند توجيهه.

ثانيا : إن ذمه الكفيل لا تبرأ لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين حتى ولو ترتب على ذلك إعسار المدين، وبالتالي تضيع على الكفيل فرصة الرجوع على المدين([2]). لذلك فلا بد من أن يقوم الكفيل بإنذار الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين

ثالثاً : أن الكفيل المتضامن يستفيد من هذا الدفع كما يستفيد منه الكفيل غير المتضامن .

رابعاً : أن شروط هذا الدفع التي يمكن استنباطها من التشريعات العربية هي:

الشرط الأول : يجب على الكفيل إنذار الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين.

الشرط الثاني : أن يكون في وسع الدائن أن ينفذ على المدين، وذلك بأن يكون اجل الدين المكفول قد حل أو بعد حلوله، حيث لا يستطيع الدائن أن يتخذ الإجراءات قبل حلول وقت استحقاق الدين.

الشرط الثالث : عدم قيام الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال مدة الإنذار من وقت وصول الإنذار إلى الدائن.

الشرط الرابع : يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع ، فهذا الدفع ليس من النظام العام، ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، بل لا بد أن يتمسك به الكفيل فهو مقرر لمصلحته وخاص به .

خامساً : أن مدة الإنذار مهما كانت مدته، هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، ومن ثم لا يرد عليها وقف ولا يرد عليها انقطاع في حق الكافة متى استوفي الإنذار الأوضاع القانونية([3]).

سادساً : أن على الدائن اتخاذ الإجراءات ضد المدين، وأن يمضي فيها عناية الرجل العادي ولا يتباطأ فيها بما يضر الكفيل وإلا اعتبر كأنه لم يتخذها([4]).

---

(1) يحيى – عبد الودود، مرجع سابق، ص 56 ومرقس – سليمان، مرجع سابق، ص100.

(2) عبد الباقي – عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 250 .

(3) السنهوري–عبد الرزاق، الوسيط، ج 10، ص 251 ومرسي– كامل ، مرجع سابق، ص 127 وزكي– جمال، مرجع سابق،ص86.

(4) عبد الباقي – عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص 252 .

الفرع الثالث

الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

يتطلب الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين، أن يكون المدين المكفول تاجراً، وأشهر إفلاسه، قبل حلول الأجل المحدد للدين المكفول، فإذا وقع المدين في حالة إفلاس، ترتب على ذلك حلول أجل الالتزام المكفول، فإذا كان المدين قد وقع في تلك الحالة فقد أوجب القانون على الدائن المبادرة للدخول في تفليسة المدين هذه، وذلك ليستوفي حقه منه أو ما يمكن استيفاؤه، فإذا تبقى شيء من الدين المكفول عاد الدائن على الكفيل بما تبقى له من حق مكفول.

أما إذا لم يتقدم الدائن في تفليسة المدين فمن المؤكد أنه يلحق الكفيل ضرر من جراء إفلاس المدين وعدم تقدم الدائن في التفليسة ذلك لان الكفيل لا يستطيع أن يتقدم في تفليسة المدين، في حين أن الدائن يحق له ذلك . الأمر الذي دفع بالمشرع العربي إلى إلزام الدائن بالدخول في تفليسة المدين، فهذه هي الوسيلة الوحيدة، للحصول من المدين على ما يمكن الحصول عليه، فنص في المادة 786 من القانون المدني المصري على أنه: (إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن .))[1].

فمن خلال النص السابق نستدرك الحقائق التالية :

أولا : نلاحظ بأن المشرع العربي قد خصص المواد المشار إليها آنفا لحالة إفلاس المدين، وهذا بتقديرنا يدل على أن المشرع العربي لم يكن يريد بذلك ألا تطبيقا للقواعد العامة من حين التزام الدائن بمطالبة المدين عند حلول أجل الدين المكفول، وإلا اعتبر الدائن مسؤولا عن عدم مطالبة المدين في الوقت المناسب اتجاه الكفيل .

ثانيا : يدل النص السابق على اهتمام المشرع العربي بالكفيل وطرق حمايته، وهذا ملموس بشكل كبير من خلال دراسة دفوع الكفيل السابقة . لذلك فقد أوجب القانون على الدائن، إذا أفلس المدين أن يتقدم في التفليسة بالدين المكفول، ليتمكن من الحصول على حقه أو جزء من حقه من خلال التقدم في هذه التفليسة، فإذا لم يقم الدائن بالدخول في تفليسة المدين وترتب على ذلك ضياع فرصته في استيفاء حقه أو بعضه، فإن الجزاء الذي رتبه

---

(1) النصوص العربية المقابلة لهذا النص : المادة 1073 موجبات وعقود اللبناني موافقة . والمادة 978 مدني أردني. والمادة 1028 مدني عراقي . والمادة 758 مدني كويتي . والمادة 752 مدني سوري . والمادة 668 مدني سوداني . والمادة 795 مدني ليبي . والمادة 658 مدني جزائري .

القانون على ذلك هو سقوط حق الدائن في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن([1]).

ثالثاً : نلاحظ بأن المشرع العربي لا يجيز للكفيل أن يتقدم في تفليسة المد ين إلا إذا كان قد وفي بالدين للدائن، لأجل ذلك فقد أوجب هذا المشرع على الدائن الدخول بالتفليسة في حال إفلاس المدين، فإذا لم يقم بذلك ترتب عليه النتيجة السابقة .

وبهذا الخصوص كنا نتمنى على المشرع العربي لو أعطي للكفيل حماية أكثر بخصوص هذا الدفع الذي يتطلب إجراءات قد تطول وقد يصعب إثباتها، بأن يعطي للكفيل حق التقدم في تفليسة المدين حماية لحقوقه ، فإذا لم يتقدم الكفيل في تفليسة المدين لأي سبب حال دون ذلك، كان له حق التمسك بالدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين ، أي أن يكون حق التقدم في تفليسة المدين لكل من الدائن والكفيل دون أن يكونا مجتمعين، مما يعني أنه إذا تقدم الدائن في تفليسة المدين لا يكون للكفيل حق التقدم في هذه التفليسة والعكس صحيح، إذ إن المهم هو ضمان الدين المكفول من احتمال الضياع .

رابعاً : لم يقف المشرع العربي عند الحد السابق ذكره بل أوضح مقدار الضرر الذي أصاب الكفيل، وبين أن مقدار الضرر الذي أصاب الكفيل، يتمثل بما كان الدائن يستطيع الحصول عليه في التفليسة، لهذا وتأسيساً على ما تقدم ذكره، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل ألا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو أنه دخل فيها، مما يشعرنا بأنه إذا دخل الدائن في تفليسة المدين وكانت نتيجة دخوله هذه أنه استوفى نصف دينه المكفول، فأن ذلك يؤدي إلي براءة ذمة الكفيل بمقدار هذا النصف، الأمر الذي يعطي الحق للكفيل في أن يتمسك ببراءة ذمته في هذه الحدود من خلال الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين، أو من خلال دعوى أصلية .

فبعد دراسة هذا الدفع يتضح ما يلي :

1. أن الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين ليس من النظام العام، الأمر الذي يتطلب لزوم تمسك الكفيل به أسوة بالدفوع السابقة الذكر، وبالتالي يكون من حق الكفيل التنازل عن هذا الدفع، كونه ليس من النظام العام ومقرر لمصلحة الكفيل([2]).

---

(1) اسعد – محمد، مرجع سابق، ص 459 .

(2) السنهوري – عبد الرزاق، الوسيط ج 10، ص 257 .

2. أن الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين يستفيد منه الكفيل المتضامن والكفيل البسيط([1]).

3. اختصار هذا الدفع على مواجهة حالة إفلاس المدين التاجر دون حالة إعسار غير التاجر، ومن جانبنا نجد بأنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق حكم هذه المواد المشار إليها في بداية الحديث عن هذا الدفع والخاصة به على المدين غير التاجر، لانه لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة مترتبا على إعسار الدائن ملتزما تجاه الكفيل بمطالبة المدين في الوقت المناسب([2]).

4. أن إعلان إفلاس المدين الأصلي لا يحول دون ملاحقة الكفيل بما تبقى للدائن بعدا استيفائه حصته من التفليسة([3]).

5. أن حق الكفيل في التمسك بالدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين مرتبط بإفلاس المدين، فإذا لم يفلس المدين لا يكون للكفيل التمسك بهذا الدفع .

6. إن الغاية من هذا الدفع هي من أجل حصول الدائن على حقه المكفول أو جزء منه .

(1) عبد الباقي – عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 252 .

(2) مر قس – سليمان، المرجع السابق، ص 80 .

(3) المواد المشار أيها بخصوص هذا الدفع.

الفصل الثاني

دفوع الكفالة في الفقه الإسلامي

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول:- دفوع الكفيل الشخصية.

المبحث الثاني:- دفوع الكفيل المستمدة من علاقته بالمدين.

الفصل الثاني

دفوع الكفالة في الفقه الإسلامي

بناء على ما تقدم ذكره في آثار الكفالة في الفقه الإسلامي فإنه لا بد من أن تنشأ علاقة بين الدائن والكفيل، وهي مطالبة الدائن للكفيل بما التزمه في عقد الكفالة من حق على المـــدين، وكذلك إلزام الكفيل بالوفاء بما التزم به عند حلول أجل الدين المكفول به.

فقد تقدم أن الفقهاء متفقون على ثبوت حق المكفول له أي الدائن في مطالبة الكفيل بالدين المكفول به عن الأصيل؛ وذلك لاتحاد ذمتة الكفيل مع ذمة الأصيل بفعل الكفالة.

أما بالنسبة إلى حق الدائن في مطالبة المدين أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معاً ، فـــإن الفقهاء يختلفون في حق مطالبة الدائن للمدين، فمن اعتبر من الفقهاء بأن ذمة المـــدين مـــشغولة بالحق المكفول به فإن جعل للدائن الحق في مطالبة من شاء من الكفيل أو المدين، وأما من اعتبر منهم أن الحق المكفول به قد انتقل من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل بفعل الكفالة فإنه لم يثبت للدائن الحق في مطالبة المدين وقصر حق المطالبة على الكفيل.

وعلى هذا فإن الدفوع المتاحة للكفيل منها دفوع مستمدة من العلاقة الأصـــلية يـــستطيع الكفيل بواسطتها أن يدفع مطالبة الدائن له كما يمكن أن يستخدمها المدين في دفع مطالبة الـــدائن له. ومنها دفوع خاصة بالكفيل كالدفع بعدم رجوع الدائن على الكفيل قبل المدين أو الدفع بالتجريد أو التقسيم، وبناء على ما تقدم فسوف نبحث في هذا الفصل من الباب الثاني الدفوع التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة الدائن عند مطالبته بالدين المكفول به وذلك في مبحثين.

المبحث الأول: دفوع الكفيل الشخصية ضمن ثلاثة مطالب.

ونتناول في المبحث الثاني: الدفوع المستمدة من علاقة الكفيل بالمدين ضـــمن مطلبـــين مستقلين.

المبحث الأول

دفوع الكفيل الشخصية

المطلب الأول:- الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين.

المطلب الثاني:- الدفع بالتجري

المطلب الثالث:- الدفع بالتقسيم.

المطلب الأول

الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين

تتفق المذاهب الفقهية الإسلامية على ثبوت حق المكفول له ــ أي الدائن ــ في مطالبة الكفيل بالدين الذي على المدين، وذلك لاتحاد ذمة الكفيل مع ذمة الأصيل ــ أي المدين ــ بفعل الكفالة، مع ذلك إلا أنهم لم يتفقوا في ثبوت حق مطالبة الدائن للأصيل، فمن أبقى من الفقهاء ذمة الأصيل مشغولة بالدين المكفول به بعد انعقاد الكفالة جعل للدائن حق مطالبة من شاء من الكفيل أو الأصيل، وأما من اعتبر أن الدين المكفول به قد انتقل بانعقاد الكفالة إلى ذمة الكفيل، قصر حق المطالبة على الكفيل وحده دون مطالبة المدين.

وعند استعراض مذاهب الفقهاء يتبين لنا أن الفقهاء قد اختلفوا في ذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: وهو رأي الحنفية والشافعية والحنابلة وقول عند المالكية.

حيث يرى الحنفية أن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل بما على الأصيل، وذلك لأن الكفالة عندهم هي: ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة، وعليه فإن للدائن أن يطالب الكفيل أو يطالب المدين أو يطالبهما معا. فقد جاء في بدائع الصنائع[1]: ((وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر، بل يملك مطالبته لأن الكفالة تنبني على الضم، وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين)).

وأما فقهاء الشافعية فيرون كذلك أن الدائن مخير بين أن يطالب الكفيل أو الأصيل أو يطالبهما معا. وذلك لأنه يترتب على انعقاد الكفالة تعلق الدين المكفول به بذمة الكفيل ولا يبرأ المدين بفعل الكفالة. فقد جاء في الإقناع[2]: ((ولصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه بأن يطالبهما جميعا أو يطالب أيهما شاء بالجميع أو يطالب أحدهما ببعض)).

وكذلك يرى فقهاء الحنابلة أن الدائن بالخيار في مطالبة من شاء من الكفيل أو المدين؛ لأن الدين ثابت في ذمة المدين والكفيل.

فقد جاء في المغني[3]: ((ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما...ولنا: إن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه)).

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 3423/7.

(2) الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع 289/1.

(3) ابن قادامة، المغني، 605/4.

وفي قول عن مالك –رحمه الله– إن الدائن مخير بين مطالبة المدين أو مطالبة الكفيل. جاء في حاشية الدسوقي[1]: ((فإن اشترط ضمانه في الحالات الست أو شرط رب الحق أخذ أيهما شاء كان له طلب الضامن إذا حل الأجل ولو حضر الغريم مليا وما ذكره الشارح هو المعتمد وهو ما في وثائق أبي القاسم الجزيري وغيره خلافا لابن الحاجب من أن الضامن لا يطالب إذا حضر الغريم مليا مطلقا)).

الرأي الثاني: وهو رأي ابن حزم الظاهري، والشيعة الإمامية، والجعفرية.

فقد خالف الظاهرية جمهور الفقهاء حيث أنهم يرون أنه في حال انعقاد الكفالة فإن الدين المكفول به ينتقل من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل، وعليه فإن المطالبة بالدين تتوجه إلى الكفيل فقط، ولا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين المكفول به. حيث جاء في المحلى[2] ((فمن كان له على آخر حق مال من بيع او من غير بيع من أي وجه كان حالا أو إلى أجل سواء كان الذي عليه الحق حيا او ميتا فضمن له ذلك الحق إنسان لا شيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق، فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال. ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته أبدا بشيء من ذلك الحق انتصف أو لم ينتصف ولا بحال من الأحوال، ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ولا على ورثته أبدا بشيء مما ضمن عنه أصلا سواء رغب إليه في أن يضمنه عنه او لم يرغب إليه في ذلك)).

وهذا هو المروي عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور. حيث جاء في المغني[3] ((وقال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء ، وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل، وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود)).

وهذا رأي الشيعة الإمامية كما جاء في كتاب شرائع الإسلام([4]): ((ومع تحقق الضمان، ينتقل المال إلى ذمة الضامن، ويبرأ المضمون عنه، وتسقط المطالبة عنه)).

وهو ما أخذ به الشيعة الجعفرية، كما جاء في كتاب الروضة البهية([1]): ((وقيل يكفي رضاه بالضمان وإن لم يصرح بالقبول، لأن حقه يتحول من ذمة إلى أخرى)).

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 337/3.

(2) ابن حزم، المحلي، 111/5.

(3) ابن قدامة، المغني، 603/4.

(4) الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، ج2 ص108.

ويتبين مما سبق أن أصحاب هذا الرأي يرون أن ذمة المدين تبرأ بانعقاد الكفالة، فينتقل الدين المكفول به من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل، وعليه فإن المطالبة بالدين تتوجه إلـى الكفيـل فقط، لسقوط الدين عن ذمة المدين بانعقاد الكفالة، فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين المكفول به، ولا يحق للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بالرجوع على المدين أولا، وذلك لبراءة ذمة المدين من الدين المكفول به، وانتقاله إلى ذمته.

الرأي الثالث: وهو رأي المالكية الصحيح عندهم.

فيرى المالكية في القول الصحيح عندهم: أنه إذا حل أجل الدين المكفول به فليس للـدائن أن يطالب الكفيل بحضور المدين وملائه، وهو الذي عند الإمام مالك وأخذ به ابن القاسـم ورواه ابن وهب وابن رشد وابن حبيب.

فقد جاء في حاشية الدسوقي([2]): ((ما ذكره المصنف من أن الكفيل لا يطالب بالحق في ملاء المكفول عنه وحضوره هو الذي رجع إليه مالك وأخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب وابن رشد وهو أظهر، والقول المرجوع عنه أن الطالب مخير بين طلب الغريم أو طلب الضامن)).

وأما إذا كان الدائن قد اشترط مطالبة إي من الكفيل أو المدين، فإن له أن يطالبهما معا أو أن يطالب أحدهما. فقد جاء في كتاب جواهر الإكليل([3]): ((وأفـاد رب الـدين، " شـرط "، أي اشتراط، " أخذ " أي غريم، " أيهما " أي الضامن ومضمونه، " شاء " الأخذ منه مبدى على الآخر ولو حضر مليا، فإن اختار اتباع الحميل سقط اتباعه المدين، " و " أفـاد شـرط " تقديمـه " أي الحميل في الغرم على المضمون عكس الحكم السابق لأن الشرط لحق آدمي فيوفى له بـه، وإذا اختار تقديم الحميل ولم يشترط براءة المدين فليس له مطالبته إلا عند تعذر الأخذ من الحميل)).

فعلى هذا فإن حضر المدين وكان معسر أو لم يحضر أو مات أو كان المدين مماطلا فإن للدائن مطالبة الكفيل بأداء ما التزم به عن المدين، وأما إن حضر المدين وهو موسر فليس للدائن أن يطالب الكفيل بأداء الدين الذي على الأصيل. وهنا يحق للكفيل بأن يدفع مطالبة الدائن له بأن يطالب المدين أولا كونه حاضراً موسرا.

ويتبين من ذلك أنه يحق للكفيل أن يدفع مطالبة المكفول له بالرجوع على المكفول عنـه أولا، عند حلول الأجل إذا تحققت الشروط التالية.

1. أن يكون المدين حاضرا، فأما إذا كان المدين غائبا يسقط حق الكفيل فـي هـذا الدفع.

---

(1) العاملي، الروضة البهية، ج4 ص 120.

(2) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، ج3 ص 303.

(3) صالح الأزهري، جواهر الإكليل، ج2 ص 111 ، 112.

2. أن يكون المدين موسراً عند حلول أجل الدين المكفول به، فإما إذا لم يكن موسراً عند حلول الأجل سقط حق الكفيل في هذا الدفع.

3. أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين في الالتزام بالمكفول به.

ويتلخص مما تقدم أن الحنفية والشافعية والحنابلة وقول عند المالكية يرون أن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل. ويرى المالكية في الصحيح عندهم أن الدائن يطالب المدين ولا يجوز له أن يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين. في حين أن الظاهرية والشيعة الأمامية، والجعفرية يرون أن الدائن لا يجوز له مطالبة المدين مطلقا ، وإنما تجب المطالبة على الكفيل وحده، لأن الدين بالكفالة قد انتقل من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل.

المطلب الثاني

الدفع بالتجريد

سبق وأن تناولنا في المطلب الأول من هذا الفصل اختلاف الفقهاء حول حق الكفيل في دفع مطالبة الدائن له بمطالبة المدين أولا، ورأينا أن بعض الفقهاء قد أخذ بهذا الدفع، واعتبره من دفوع الكفيل الشخصية، وعليه فإن طالب الدائن الكفيل بأداء ما ألتزمه فإن للكفيل في هذا الحالة أن يطالب بالرجوع على المدين أولا، وهو ما يسمى قانونا بالدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولا.

وأما إذا دفع الكفيل مطالبة الدائن بعدم التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين أولا، أو إذا طالب الكفيل بوقف التنفيذ على أمواله والتنفيذ على أموال المدين أولا فإن ذلك يسمى قانونا بالدفع بالتجري

وقد عرفنا في المطلب الأول بأن الفقهاء اختلفوا فيما إن طالب الدائن الكفيل قبل مطالبة المدين وأراد التنفيذ على أمواله، فهل يحق للكفيل أن يدفع بتجريد المدين من أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل، كما هو الحال في التشريع الوضعي؟ وعليه فسوف نبحث في هذا المطلب الدفع بالتجريد في الفقه الإسلامي وشروطه.

فمن خلال دراستنا لأراء الفقه الإسلامي نجد بأن الفقهاء قد اختلفوا بخصوص الدفع بالتجريد من حيث جواز الأخذ به من عدمه على النحو التالي:

يرى الحنفية أنه يحق للدائن استيفاء الدين المكفول من الكفيل أو من المدين، ولا يحق للكفيل أن يدفع في مواجهة المدين بأخذ حقه أولا من المدين. فقد جاء في كتاب المبسوط: ((وإذا كفل الرجل عن الرجل بمال فللطالب أن يأخذ به أيهما شاء)).([1]) فعلى هذا لا يحق للكفيل أن يدفع بتجريد المدين من أمواله قبل مطالبة الكفيل بما عليه من التزام تجاه الدائن.

وكذلك هو الرأي عند الحنابلة فقد جاء في منتهى الإرادات: ((ولرب الحق مطالبة أيهما شاء، معا في الحياة والموت)).([2]) وعليه فالحنابلة متفقون مع رأي الحنفية في عدم جواز الأخذ بالدفع بتجريد المدين قبل مطالبة الكفيل.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج20 ص 28. ابن الهمام، فتح القدير، ج5 ص 403.

(2) ابن النجار، منتهى الإرادات، ج1 ص 410.

وأما عند الظاهرية فإن هذا الدفع غير متصور، وذلك ما عرفنا سابقاً بأنه يرون انتقال الحق من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل كما جاء في كتاب المحلى: ((... فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ... ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه، ولا على ورثته، أبدا بشيء من ذلك الحق ... سواء رغب إليه في أن يضمنه عنه أو لم يرغب إليه في ذلك ...))([1]). وبناء عليه فإن الظاهرية يرون عدم جواز الأخذ بالدفع بالتجريد وإن كفل الكفيل بناء على طلب وإذن من المدين.

وكذلك هو الرأي عند الشيعة الإمامية والجعفرية:حيث جاء في كتاب شرائع الإسلام للشيعة الإمامية ((ومع تحقق الضمان، ينتقل المال إلى ذمة الضامن، ويبرأ المضمون عنه، وتسقط المطالبة عنه))([2]). وكذلك جاء في كتاب الروضة البهية للشيعة الجعفرية: ((وقيل: يكفي رضاه بالضمان . لأن حقه يتحول من ذمة إلى أخرى))([3]).

وعليه فالظاهرية والشيعة الإمامة والجعفرية متفقون على عدم جواز الأخذ بالدفع بتجريد المدين قبل مطالبة الكفيل كما هو الرأي عند الحنفية والحنابلة مع اختلاف في سبب عدم الجواز بالأخذ بهذا الدفع.

وعند الشافعية: من حق الدائن مطالبة الكفيل أو المدين أو مطالبتهما معاً، وإذا طالب الدائن الكفيل ابتداء، فلا يحق له أن يدفع في مواجهة الدائن بتجريد المدين من أمواله قبل مطالبته حيث جاء في كتاب مغني المحتاج: ((وللمستحق، أي المضمون له أو ورثته مطالبة الضامن والأصيل، بالدين اجتماعا وانفراداً)).([4])

ولكن يجوز عندهم الأخذ بالدفع بالتجريد على سبيل الاستثناء إذا توافرت شروط معينة، كما جاء في كتاب نهاية المحتاج : ((ولو أفلس الأصيل، فطالب الضامن ببيع ماله أولا، أجيب إن ضمن بإذنه، وإلا فلا)).([5]) وعليه فيحق للكفيل أن يدفع بتجريد المدين من أمواله قبل مطالبته بالدين المكفول بشروط أن يكون المدين معسراً، وأن تكون الكفالة قد تمت بناء على طلب المدين، وأن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن.

---

(1) ابن حزم الظاهري، المحلى، ج8 المسألة 1229 ص 111.

(2) الهذلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، ج2 ص 108.

(3) العاملي، الروضة البهية، ج4 ص 120.

(4) الشربيني ، مغني المحتاج، ج2 ص 208. الرملي، نهاية المحتاج، ج 4 ص 443. قليوبي وعميرة، حاشيتان على شرح منهاج الطالبين، ج2 ص 230، الشيرازي ، المهذب، ج1 ص 341.

(5) الرملي، نهاية المحتاج، ج4 ص 444.

وبناء عليه فإن رأي جمهور الفقهاء هو عدم الأخذ بالدفع بالتجريد على اختلاف بينهم في سبب عدم الجواز.

وأما عند المالكية في الرأي الراجح عندهم: أنه يجب على الدائن أن يأخذ الدين المكفول من المدين ولا يجوز له أن يأخذ هدا الدين إلا إذا كان المدين غائباً أو كان معسراً حيث جاء في كتاب شرح منح الجليل: ((وإن حل أجل الدين ولم يدفعه المدين، فلا يطالب الضامن بالدين المضمون فيه، إن حضر الغريم ... حالة كونه موسراً بالدين، على أحد قولي الإمام مالك ــ رضي الله عنه ــ في المدونة، وهو المرجوع إليه المشهور، وبه أخذ ابن القاسم وعليه العمل وبه القضاء))([1]). وعليه فإذا كان المدين حاضراً وموسراً، وأراد الدائن أن يأخذ الدين المكفول من الكفيل، فيحق للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بتجريد المدين قبل مطالبته إذا توفرت الشروط التالية:

1. أن يكون المدين حاضراً.
2. أن يكون المدين موسراً.
3. ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التمسك بالدفع بالتجري

وبناء على هذه الشروط فإذا كان المدين غائباً أو كان حاضراً ومعسراً أو لم يتمسك بهذا الدفع فإن للدائن الحق في مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين، ولا يحق للكفيل أن يدفع هذه المطالبة بتجريد المدين من أمواله قبل مطالبته بالدين المكفول.

وبناء على رأي المالكية المرجوح فإنه لا يحق للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بتجريد المدين من أموله قبل مطالبته بالدين المكفول، أي لا يجوز له التمسك بالدفع بالتجريد تجاه الدائن، وهذا الرأي يوافق ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي ما تقدم نجد بأن الفقه الإسلامي قد ذهب بخصوص الدفع بالتجريد من حيث جواز الأخذ به أو عدمه إلى ثلاثة اتجاهات.

الاتجاه الأول: للحنفية والحنابلة والقاعدة عند الشافعية ورأي للإمام مالك بأنه يجوز للدائن مطالبة الكفيل أو المدين، فإن طالب الدائن الكفيل بالدين المكفول قبل المدين فلا يجوز للكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن بتجريد المدين من أمواله أولا.

الاتجاه الثاني: للظاهرية والشيعة الإمامة والجعفرية: أن الكفالة عندهم هي نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل، وبناء علي هذا الرأي ، فإن الدفع بالتجريد غير موجود عندهم حتى ولو تمت الكفالة بناء على طلب المدين.

---

(1) الشيخ محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج3 ص 258.

الاتجاه الثالث: وهو القول الراجح والمشهور والذي عليه العمل والقضاء عند المالكية إنه يجب على الدائن أن يأخذ الدين المكفول من المدين، ولا يحق للدائن أن يأخذه من الكفيل، إلا إذا كان المدين غائبا أو كان معسرا. أما إذا كان المكفول عنه حاضرا وموسرا، وطالب الدائن الكفيل فإن يحق للكفيل أن يدفع هذه المطالبة بتجريد المدين من أمواله قبل مطالبته.

وكذلك الشافعية يأخذون بهذا الدفع على سبيل الاستثناء إذا كان المدين معسرا، وكانت الكفالة قد تمت بناء على طلبه، وتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن.

وبناء على ما تقدم في الفقه الإسلامي نجد بأن الفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز الأخذ بالدفع بالتجريد وقد اشترطوا شروط معينة على اختلاف بينهم في اعتبار هذه الشروط:

1. أن يكون المدين حاضراً موسراً. وهذا هو الرأي الراجح عند المالكية.
2. أن يكون المدين معسراً، وقد تمت الكفالة بناء على طلب المدين. وهذا هو شرط الاستثناء عند الشافعية وبدونه لا يأخذون بالدفع بالتجريد كما هو الحال عند جمهور الفقهاء.
3. ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التمسك بالدفع بالتجري وهذا الشرط متفق عليه بين المالكية والشافعية.

المطلب الثالث

الدفع بالتقسيم

ذكرنا فيما سبق دفعين من دفوع الكفيل الشخصية وهما الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين، والدفع بالتجريد، وقد تكلمنا في المطلب الثالث من الفصل الرابع في الباب الأول عن تعدد الكفلاء على التعاقب وتبين لنا بأن المالكية والشافعية والحنابلة يرون بأنه إذا تعدد الكفلاء على الترتيب بأن تعدد الكفلاء لدين واحد في أوقات متعددة بعقود مستقلة فإن للدائن حق مطالبتهم جميعاً بسداد الدين ويطالب كل واحد منهم بجميع الدين، فإذا قام أحدهم بقضاء الدين فقد برئت ذمة الجميع.

وسوف تقتصر دارستنا في هذا المطلب على الدفع بالتقسيم في حالتين:

الحالة الأولى: تعدد الكفلاء على التعاقب ـ أي بعقود متوالية.

إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي أوقات متعددة وبعقود مستقلة فإن للدائن في هذه الحالة مطالبتهم جميعاً بكل الدين ، وله كذلك أن يطالب كل واحد منهم بكل الدين، وعليه فلا يجوز لأي من الكفلاء إذا ما طالبه الدائن أن يدفع هذه المطالبة بالتقسيم، لأنه إذا قام أحدهم بسداد الدين فقد برئت ذمة باقي الكفلاء وذلك لأن كل منهم قد كفل بجميع الدين وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة([1]).

كما جاء في كتاب المبسوط للسرخسي: ((وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجل ، ثم أن الآخر كفل بها عن الأصيل أيضا، فهو جائز، يأخذ الطالب أيهما شاء بجميع المال لأن كل واحد منهما التزم جميع المال بالكفالة عن الأصيل بعقد على حدة ، وذلك صحيح)).([2])

الحالة الثانية: تعدد الكفلاء في وقت واحد ـ أي بعقد واح

فقد يكفل الكفلاء المدين في عقد واحد ويكونون متضامنين وقد يكونون غير متضامنين.

---

(1) حيدر، درر الحكام، ج3 ص 677. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5 ص 336. الصاوي، **بلغة السالك**، ج3 ص 282. المواق، **التاج والإكليل**، مصدر سابق، ج7 ص 55. الشنقيطي، **تبيين المسالك**، مصدر سابق، ج4 ص 30. الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج2 ص 208. ابن قدامة ، **المغني**، مصدر سابق، ج3 ص 391.

(2) السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج20 ص 34.

فإذا تعدد الكفلاء في عقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم – أي لم يكفل بعضهم عن بعض – فيحق للدائن أن يطالب كل واحد منهم بمقدار حصته من الدين، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية([1]). وعليه فيجوز لأي منهم أن يتمسك بالدفع بالتقسيم إذا طالبه الدائن بكل الدين.

وذهب الشافعية في الوجه الآخر عندهم إلى أنه يحق للدائن مطالبة أي منهم بكل الدين، ولا يحق للكفيل الذي يطالبه الدائن أن يدفع بالتقسيم في مواجهته([2]).

---

(1) حيدر، درر الحكام، ج3 ص 677. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5 ص 336. الشنقيطي، تبيين المسالك، ج4 ص 30. الشربيني، مغني المحتاج، ج2 ص 208. ابن قدامة ، المغني، ج3 ص 391. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2 ص 134. المحلى، لابن حزم 118/5

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2 ص 208.

المبحث الثاني

دفوع الكفيل المستمدة من علاقته بالمدين

المطلب الأول : الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول.

المطلب الثاني:. الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة.

المطلب الثالث: المقارنة بين الدفوع في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

المبحث الثاني

دفوع الكفيل المستمدة من علاقته بالمدين

عرفنا فيما تقدم في المبحث الأول من الفصل الثاني عند دراستنا لدفوع الكفيل في الفقه الإسلامي بأن للكفيل دفوعاً شخصية يمارسها هو وحده لدفع مطالبة الدائن له، كذلك لقد أعطى الفقه الإسلامي للكفيل الحق في التمسك بدفوع مستمدة من علاقته بالمدين ناشئة عن العلاقة الأصلية بين الكفيل والمدين، وهذه الدفوع هي عكس الدفوع الشخصية، وذلك لأن الدفوع الشخصية يمارسها الكفيل وحده ولا يحق للمدين أن يدفع بها، في حين أن دفوع الكفيل المستمدة من علاقته بالمدين يستطيع أن يمارسها هو والمدين على حد سواء، وذلك لأن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي للمدين يؤثر في التزام الكفيل، وعليه فإن من حق الكفيل أن يدفع بموجب الدفوع المستمدة من علاقته بالمدين مطالبة الدائن بذات الدفوع المتاحة للمدين مما يدفعنا لبحث هذه الدفوع ضمن مطلبين مستقلين نبحث في الأول الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول، وأما المطلب الثاني فسوف نخصصه لدراسة الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة.

المطلب الأول

الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول

تقدم أن التزام الكفيل التزام تابع للالتزام الأصلي المكفول، فهو يتبع الالتزام الأصلي ويدور معه وجوداً وعدماً صحة وبطلاناً، إذ إن كل ما يؤثر في الالتزام الأصلي للمدين يؤثر كذلك في الالتزام المكفول – التزام الكفيل. وعليه فكل ما يؤثر في صحة أو بطلان أو انقضاء الالتزام الأصلي المكفول يكون مؤثراً في التزام الكفيل صحة وبطلاناً وانقضاءً، مما يعني أن للكفيل الحق في أن يدفع مطالبة الدائن له بذات الدفوع المتاحة للمدين في مواجهة الدائن، سواء كانت هذه الدفوع تتعلق ببطلان الالتزام المكفول، أو بإبطاله أو بانقضائه.

وبناء على فكرة التبعية فإذا كان التزام المدين باطلاً، كان التزام الكفيل باطلا كذلك، وللكفيل في هذه أن يدفع مطالبة الدائن له ببطلان الالتزام الأصلي المكفول وببطلان التزامه تبعاً لذلك الالتزام الباطل، كما يترتب على تبعية التزام الكفيل للالتزام المدين أن يكون للكفيل الدفع بإبطال الالتزام المكفول أو انقضائه، وإذا كان التزام المدين قابلاً للإبطال أو كان قد انقضى لسبب من أسباب الانقضاء. لذلك سوف نبحث في هذا المطلب الدفوع المستمدة من الالتزام المكفول في الفقه الإسلامي.

قبل الحديث عن حق الكفيل في التمسك بالدفع ببطلان الالتزام المكفول لا بد لنا من بيان ما المقصود ببطلان العقد في الفقه الإسلامي ومتى يكون العقد صحيحاً أو باطلا أو فاسداً ، إذ إن الأصل أن يكون العقد صحيحاً تترتب آثاره عليه، وقد بحث الفقهاء الفرق بين العقد الصحيح والعقد الباطل والفاس

لقد اتفق الفقهاء على تقسيم العقد إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح. وعرفوا العقد الصحيح بأنه ما كان مستوفيا لأركانه وشروط انعقاده وشروط صحته(1). إلا أن الحنفية قد عرفوا العقد الصحيح بأنه: ما كان مستوفياً لأصله ووصفه بحيث يكون متطابقاً مع الوجه الذي شرع به(2).

وأما بالنسبة للعقد غير الصحيح فقد اختلف الفقهاء، هل هو نوع واحد أو أنه أنواع. فيذهب الجمهور من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في قول لهم إلى أن العقد غير الصحيح إنما هو قسم واحد فقط، وهو إما باطل وإما فاسد، ولا يفرقون بين الباطل والفاسد في العقود،

---

(1) الصابوني، عبد الرحمن، **المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي**، المطبعة التعاونية، 1395هـ 2 / 577 .

(2) التفتازاني – سعد الدين، **التلويح**، مطبعة معارف، استنبول ، 1310 هـ 2 / 650 .

فكلاهما لا تترتب آثاره عليه. ولذلك فإنهم يعرفونه بأنه هو العقد الذي لم يستوف شـــرائطه ولا أركانه. سواء أكان الخلل في الركن أم في شروط الانعقاد أم في الوصف، إذ أن النتيجة واحـدة عندهم وهي بطلان العق

وأما فقهاء الحنفية و بعض الحنابلة فإنهم يرون التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فالعقد غير الصحيح ينقسم عندهم إلى قسمين اثنين: عقد باطل وعقد فاسد، حيث جاء في مطالب أولي النهى: (المراد بالعقد الفاسد في المعاملات هو: ما اختل شرطه وأن العقد الباطل هو مـــا اختل ركنه وأن العقد الصحيح هو ما توافرا ــ أي الشرط والركن ــ فيه)(1).

وعليه فإذا نشأ الخلل في ركن من أركان العقد فهو عقد باطل لا يترتب عليه أي أثر من آثاره، أما إذا كان الخلل قد نشأ في شرط من الشروط المتعلقة في وصف من أوصاف العقد، فإن العقد قد انعقد فاسداً وترتب عليه بعض الآثار، لأن الأساس في الآثار هو السبب أولا والشروط مكملة لهذا، وبخصوص الخلل فيها يكون العقد فاسداً ولا يكون باطلا(2). وبناء على ذلك فـــإن العقد عند الحنفية ومن تبعهم ينقسم إلى ثلاثة أقسام: صحيح، وباطل، وفاس وهذا العقد الفاسد إنما هو مرتبة بين الصحيح والباطل.

فالصحيح: هو العقد الذي شرع بأصله ووصفه. فإذا كان السبب صالحاً لترتيب حكمـــه وآثاره عليه، فيكون عقداً صحيحا، ويكون كذلك متى صدر من أهله وكان محله قابلاً لحكمه، ولم يعرض له أمر أو وصف يجعله منهياً عنه شرعاً.

أما بالنسبة للعقد الباطل: فهو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه. وذلك عدما يكون العاقدين أو إحداهما ليس أهلاً لعقده، أو يكون محل العقد ليس قابلاً لحكمه بكونه غير مباح أو معدوماً، أو يكون غير مقدور على تسليم. بهذا يكون العقد قد اعترى الخلل أصله فيكون باطلا لا يترتب عليه أثر.

وأما الفاسد: فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، وذلك بأن يكون صادراً من أهله وفي محله، ولكن عرض له أمر أو وصف غير مشروع، فأصبح العقد بذلك منهياً عنه شرعاً من أجل ذلك العارض أو الوصف غير المشروع، فهذا العقد لا يرتب الشرع عليه أي أثر من آثاره، ويجب على العاقدين فسخه. وذلك لأن العقد الفاسد قد وافق العقد الصحيح بسلامة أصله إلا أنـــه

---

(1) السيوطي ، مصطفى ، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى ، 3 / 512.

(2) أبو زهرة ــ الشيخ محمد ، **أصول الفقه**، دار الفكر العربي بالقاهرة، ص 66.

خالفه بوجود هذا الوصف المنهي عنه شرعاً، وبذلك يكون العقد الفاسد بين الصحيح والباطل من العقود(1).

وقد استطرد فقهاء الحنفية في بيان أسباب الفساد، فذكروا أن من أسبابه الجهالة الفاحشة، وهي الجهالة المؤدية إلى النزاع بين العاقدين. وكذلك الغرر: والمقصود به هو اعتماد العقد على أمر يوهم المتعاقد بوجود أوصاف غير موجود في الحقيقية مما يحمله على التعاق والغرر الذي يؤدي إلى الفساد في العقود هو الغرر في الأوصاف والمقادير، كما لو باع شخص شاة على أنها حلوب فتبين خلاف ذلك.

وذكروا من أسباب الفساد الإكراه: إلا أنهم اختلفوا في الحكم الذي يترتب على هذا العقد المشوب بالإكراه. هل يكون العقد فيه صحيحاً موقوفاً على رضى المكره بعد زوال الإكراه وإجازته له أو يكون فاسداً بسبب ذلك؟! فيرى أبو حنيفة بأن العقد يكون فاسداً لأنه قد صدر من أهله مضافاً إلى محله ولكن عرض له ما سبب فساده، ولذلك يعتبر فاسداً(2). وهذا التفريق إنما هو في غير الكفالة، وأما في الكفالة فهي عند الحنفية موقوفة على إجازة المكره(3).

وتأسيساً على ما تقدم يتضح بأن الكفالة إما أن تكون صحيحة يترتب عليها آثارها كاملة أو باطلة أو فاسدة على حد سواء ولا فرق بين كونها باطلة أو فاسدة، وهذا باتفاق فقهاء الحنفية وغيرهم فلا تفرقة بين الفساد والبطلان في الكفالة عند الحنفية.

وبدراسة ما سبق نجد أنه إذا كانت العلاقة بين الدائن والمدين غير صحيحة، كان من حق الكفيل أن يدفع بعدم الصحة في مواجهة الدائن عند مطالبته، لأن علاقة الكفيل عند جمهور الفقه الإسلامي علاقة تبعية، فكل ما يؤثر في العلاقة الأصلية يؤثر في العلاقة التبعية.فإن كان الالتزام الأصلي الذي نشأ بين الدائن والمدين باطلا كانت الكفالة باطلة تبعا لذلك، كما لو كفل شخص آخر على ثمن خمر أو ربا مثلا، فإنه يترتب على ذلك بطلان العقد الأصلي بين المدين والدائن، مما يستتبع معه بطلان عقد الكفالة كونها تابعة للعقد الأصلي، وعليه فيجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان الالتزام المكفول لكون العقد باطلاً في أصله وذلك لكونه منهياً عنه شرعاً. فقد جاء في المبسوط: (الأصح في الكفالة أن الكفيل يلتزم المطالبة بما على الأصيل، ولا يلتزم

---

(1) موسى، محمد يوسف، **الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي** ، مطابع دار الكتاب العربي ، القاهرة ،1372هـ ، ص 440.

(2) الزرقاء، مصطفى ، **المدخل الفقهي العام**، مطبعة الجامعة السورية 2 / 689 ـ 696، و الدكتور: محمصاني، صبحي، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية** ، دار العلم للملايين ـ بيروت، 2 / 418 ـ 453.

(3) الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام، 1 / 452.

أصل المال في ذمته ... ولو أقر الطالب عند القاضي أن ماله عنده من ثمن خمر فهذا مثله وهو إقرار ببراءة الأصيل، وهو بمنزلة ما لو قال: لم يكن لي على الأصيل شيء وذلك يوجب براءة الكفيل والأصيل)(1). وجاء كذلك في جواهر الإكليل: (إن ادعى شخص ديناً على شخص غائب فضمن شخص آخر الغائب فيما ادعي عليه به، ثم أنكر الغائب الدين بعد حضوره، فــلا يلــزم الضامن شيء إلا إن ثبت الدين ببينة)(2).

---

(1) السرخسي، المبسوط، 20 / 86.

(2) الأزهري، صالح، جواهر الإكليل، 2 / 110. الزرقاني، شرح على مختصر خليل، 6 / 26 ــ 27. عليش، محمد، شرح منح الجليل على مختصر خليل، 3 / 253.

المطلب الثاني

الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة

لقد مر معنا بأن الفقهاء يشترطون في الكفيل أن يكون أهلا للتبرع ; لأن الكفالة عقد من عقود التبرعات, وعلى ذلك لا تصح الكفالة من المجنون أو المعتوه أو الصبي , ولو كان الصبي مميزا ومأذونا له بالكفالة أو أجازها الولي أو الوصي .

وبناء عليه فإن للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له ببطلان الكفالة لعدم أهلية التبرع في الكفيل عند الكفالة، كأن يدعي الكفيل بأنه عند الكفالة كان غير بالغ أو مجنونا، مما يترتب عليه فقدان أهلية التبرع فيه.

إلا أن ابن عابدين قال :(إلا إذا استدان له وليه وأمره أن يكفل المال عنه فتصح , ويكون إذنا في الأداء , ومفاده أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة , ولولاها لطولب الولي)([1]).

وعلى ذلك فليس للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بسبب نقصان الأهلية إذا أمره وليه أن يكفله بما استدانه له، وذلك لأن كفالته صحيحة خارجة عن دائرة البطلان، فهو مطالب عند ابن عابدين بالمال المكفول بموجب عقد الكفالة خلافا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين ببطلان هذا الالتزام.

وأما بالنسبة لمحجور عليه لسفه فلا تصح كفالته عند جمهور الفقهاء. وعليه فإن للكفيل الحق بأن يدفع مطالبة الدائن له بعدم صحة عقد الكفالة كون الكفيل كان سفيها عند مباشرته العق إلا أن القاضي أبو يعلى الحنبلي قد ذهب إلى أن كفالة السفيه صحيحة إلا أنها غير نافذة ويطالب بما التزم به بعد فك الحجر عنه, حيث قال: (يصح ضمان السفيه , ويتبع به بعد فك الحجر عنه)([2]).

وهذا يعني بأنه لا يجوز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بسبب السفه بعد فك الحجر عنه، وإما إن طالبه الدائن بالالتزام قبل فك الحجر عنه فإن للكفيل في هذه الحالة أن يدفع مطالبة الدائن له بكونه محجوراً عليه بسبب السفه المانع لنفاذ عقد الكفالة.

أما إذا كان الحجر بسبب الدين , فقد ذهب الشافعية – على الصحيح عندهم – , والحنابلة , إلى أنه يجوز له أن يكفل ولا يطالب إلا إذا انفك عنه الحجر وأيسر. وبالتالي فلا يحق للكفيل

(1) ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، 5 / 285.

(2) المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف، 5 / 194.

المحجور عليه بدين أن يدفع مطالبة الدائن له بعد صحة عقد الكفالة بسبب الحجر للدين؛ وذلــك لأنه أهل للتصرف , والحجر يتعلق بماله لا بذمته , فيثبت الدين في ذمته الآن، ويطالب به عنــد فك الحجر عنه أو إيساره.

وكذلك لا تصح الكفالة مع الإكراه للكفيل عند الحنفية والشافعية والحنابلة، ومفاد ذلك أنه يجوز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بعدم صحة عقد الكفالة بسبب الإكراه الواقع عليــه عنــد مباشرته لعقد الكفالة، في حين أن المالكية يخالفون الجمهور فيعتبرون بــأن الكفالـــة المقترنـــة بالإكراه تقع موقوفة على إجازة الكفيل لها بعد زوال الإكراه عنه، أي أن الإكراه ليس بشرط من شروط صحة الكفالة وإنما هو شرط لزوم لها.

ولقد مر معنا سابقاً بأن الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة يذهبون إلى صحة كفالـــة المريض مرض الموت , بما لا يتجاوز ثلث تركته , وإما إذا تجاوزت الكفالة ثلث تركته فإنهـــا تكون موقوفة على إجازة الورثة، وعليه فيجوز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن لـــه بعـــدم صـــحة الكفالة، إذا كانت كفالته قد جاوزت ثلث تركته، ولم يجزها الورثة، بخلاف ما إذا كانـــت كفالتـــه حال مرضه مرض الموت لم تتجاوز ثلث تركته أو أنها قد تجاوزت الثلـــث إلا إن الورثـــة قـــد أجازوا هذه الكفالة، ففي هذه الحالة لا يحق للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بعـــد صـــحة عقـــد الكفالة؛ لأن الكفالة تبرع , وتبرع المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية.

في حين أن الشافعية يوافقون الجمهور في عدم جواز كفالة المريض مرض الموت فيما يتجاوز ثلث التركة إذا كفل وهو معسر واستمر إعساره إلى وقت وفاتـــه , أو كفـــل كفالـــة لا يستوجب رجوعه على المدين، كأن يكفل بغير إذن المدين.

وقد سبق القول بأن جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الرجل والمرأة في حكـــم التـــصرفات المالية , إلا أن المالكية يرون بطلان كفالة المرأة المتزوجة إذا كفلت بغير إذن زوجها بما يزيـــد عن ثلث مالها. وعليه فإن لها إن تدفع مطالبة الدائن لها بعدم صحة كفالتها كونها موقوفة علـــى إجازة زوجها.

وأما إذا كفلت بحدود الثلث فإن كفالتها تكون صحيحة وإن لم يـــأذن زوجهـــا بالكفالـــة، وبالتالي لا يجوز لها أن تدفع مطالبة الدائن لها بعدم صحة الكفالة.

ونخلص القول بأنه يحق للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بعدم صحة الكفالة لعدم أهليتـــه للتبرع عند مباشرته لعقد الكفالة، كأن يكون صغيرا، أو مجنونا، أو محجوراً عليه. وذلك قياســـاً على عدم صحة البيع أو الشراء الصادر منه ، وأما ما ذهب إليه بعض الفقهاء من القول بصحة كفالة السفيه ووقوعها غير نافذة إلا بعد فك الحجر عليه، فإنه قول مرجوح مستند إلـــى قيـــاس

المطلب الثالث

المقارنة بين الدفوع في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

قد سبق الحديث عن دفوع الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، وتناولنا من خلاله دراسة آراء فقهاء التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، وخلصنا من ذلك إلى تقسيم تلك الدفوع إلى نوعين هما: دفوع الكفيل الشخصية، ودفوع الكفيل المستمدة من علاقته بالمدين. وفي هذا المطلب سوف نعقد مقارنة بين دفوع الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي ضمن فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: المقارنة بين دفوع الكفيل الشخصية في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: المقارنة بين دفوع الكفيل المستمدة من علاقته بالمدين في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

الفرع الأول

المقارنة بين دفوع الكفيل الشخصية في التشريع الوضعي

والفقه الإسلامي

يتفق التشريع الوضعي مع المذهب المالكي بأنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل مطالبة المدين أولا إذا كان حاضرا موسرا، وإنما يطالب المدين أولا ولا يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين. وهذا يتفق مع قواعد الكفالة وذلك باعتبار أن التزام الكفيل التزام تابع، فيجب على الدائن أن يطالب المدين الأصلي أولا، ثم يطالب الكفيل، إلا إذا اشترط الدائن مطالبة أي منهما عند حلول الأجل، بينما يرى جمهور الفقه الإسلامي إلى أنه يجوز للدائن مطالبة المدين أو الكفيل أو مطالبتهما معاً، ولا يشترط مطالبة المدين أولا كما هو الحال في التشريع الوضعي والمذهب المالكي.

يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأنه لا يحق للدائن مطالبة الكفيل إلا بحلول أجل الدين المكفول به.

يختلف التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي حول جواز الأخذ بالدفع بالتجريد، إذ أن التشريع الوضعي يجيز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بالتنفيذ على أمول المدين وتجريده منها قبل تجريد الكفيل، بينما يرى الحنفية والحنابلة ورأي عند المالكية عدم جواز الدفع بالتجريد، إذ أنهم يعطون الخيار للدائن في أخذ حقه من الكفيل أو من المدين، وفي حالة رجوع الدائن على الكفيل لمطالبته بالدين المكفول، لا يجوز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بتجريد المدين من أمواله. أما بالنسبة للظاهرية والشيعة الأمامية والجعفرية، فالدفع بالتجريد غير متصور عندهم، والسبب في ذلك لأن الكفالة عندهم: نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل، فالكفالة تقترب من الحوالة من حيث الأثر. وأما الرأي الراجح عند المالكية فهو يتفق مع ما ذهب إليه التشريع الوضعي الذي يأخذ بالدفع بالتجريد، إذا تحققت شروطه.

يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأنه يحق للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له إذ تعدد الكفلاء وكفلوا المدين بعقد واحد ولم يكفل بعضهم عن بعض بتقسيم الدين عليهم، فلا يطالب الدائن أي كفيل إلا بمقدار حصته فقط؛ وذلك لأنهم غير متضامنين فيما بينهم.

يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي بأنه لا يحق للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بتقسيم الدين إذا تعدد الكفلاء وكفل كل منهم الآخر وبكل الدين، فللدائن مطالبة أي واحد منهم.

يتفق التشريع الوضعي مع جمهور فقهاء المالكية بأنه يجوز لكفيل الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له في حالة تعدد الكفلاء على الترتيب بالرجوع على الكفيل أولا قبل مطالبته، بينما يخالفهم جمهور الفقهاء فيجيزون رجوع الدائن على الكفيل أو كفيل الكفيل.

الفرع الثاني

المقارنة بين دفوع الكفيل المستمدة من علاقته بالمدين في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

1. لقد قسم التشريع الوضعي العقود إلى قسمين هما: صحيح وباطل، وأن العقد الباطل ينقسم إلى نوعين هما: البطلان المطلق، والبطلان النسبي. في حين أن جمهور الفقه الإسلامي قد قسم العقود إلى قسمين هما: صحيح وباطل، إلا أن الحنفية ومن تبعهم يرون تقسيم العقد إلى صحيح وباطل وفاسد، وذلك فيما عدا عقد الكفالة، فإن البطلان والفاسد فيه شيء واح فالفقه الإسلامي لا يرى تقسيم العقد الباطل إلى بطلان نسبي وبطلان مطلق في عقد الكفالة كما هو الحال في التشريع الوضعي.

2. يختلف التشريع الوضعي عن الفقه الإسلامي بخصوص ما يتعلق بتقدير السبب المشروع وغير المشروع في العقد، فيعتبر التشريع الوضعي الاتجار بالخمور عقداً صحيحاً تترتب عليه آثاره، في حين أن الفقه الإسلامي يعتبره عقداً باطلاً؛ لعدم شرعيتها.

3. يتفق التشريع الوضعي والفقه الإسلامي على أن العقد الباطل غير موجود وغير منعقد، ويعتبر كأنه لم يكن.

4. نظرية البطلان المطلق في القانون، تتفق مع نظرية البطلان في الفقه الإسلامي، إلا فيما يتعلق في تقدير السبب المشروع وغير المشروع.

5. يختلف التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي فيما يتعلق بكفالة ناقص الأهلية، إذ إن التشريع الوضعي يعتبر عقد ناقص الأهلية عقداً قابلا للإبطال، بينما يذهب الفقه الإسلامي إلى أن عقد ناقص الأهلية عقد باطل. إلا أن ابن عابدين يرى بأن عقد ناقص الأهلية عقد موقوف على إجازة الولي أو الوصي كما هو الحال عند التشريع الوضعي، الذي يعتبر أن كفالة ناقص الأهلية عقد باطل بطلانا نسبيا يلحق الإجازة.

6. يتفق التشريع الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن الإكراه عيب من عيوب الرضا، إلا أنهم يرون أن العقد المشوب بالإكراه عقد باطل بطلاناً نسبياً تلحقه الإجازة، بينما يرى جمهور الفقه الإسلامي بأن الإكراه مبطل لعقد الكفالة بطلاناً مطلقاً، على خلاف ما ذهب إليه الحنفية من اعتباره عقداً موقوفاً على إجازة المكره بعد زوال الإكراه، وهذا ما أخذ به التشريع الوضعي في ما يتعلق بعقد الكفالة المشوب بالإكراه.

الخاتـــمة

وقفنا من خلال هذه الدراسة على نشأة الكفالة وتطورها، حتى استقر لها مفهومهـا فـي العديد من التشريعات، باعتبارها اخطر الضمانات ماسة بحرية الكفيل ، تتضمن قيود على أمواله بمجرد أنه كفل دين المدين لصالح الدائن.

وهذه الصلة الوثيقة بالضمانة هي التي تفسر في رأينا عدم التغلب على المشاكل المتجددة والتي تثيرها الكفالة من الناحيتين التشريعية والتطبيقية.

ومن أهم المشاكل التي تثيرها هذه الضمانة (الكفالة)الاجتماعية والإنـسانية والقانونيـة والشرعية في آن واحد ، هي التوفيق بين سلطة الدائن الممنوحة له بموجب الكفالة وبين مصلحة الكفيل والمدين.

وأشرنا إلى الآراء الفقهية المؤيدة للكفالة في معرض الإجراءات المدنية، والمتمثلة فـي عدم تمكين الكفيل من العودة إلى الكفالة ، وضمان استيفاء الدائن لحقه وتنفيذ التـامين العينـي، والمحافظة على صيانة أموال الدائن ، وتسهيل معاملات المدين.

كما تبرز أهمية الكفالة في الحالات الاستعجالية التي يطلب فيها الدائن ضـماناً لدينـه، كونها لا تتطلب في انعقادها شكلية خاصة مما يؤدي إلى السرعة في إبرام العقود المتعلقة ببيـع المنقولات والقروض.

هذا وان للكفالة أهمية خاصة نظراً لما تتمتع به من مميزات، وذلك لما تقدمه من خدمات في الحياة العملية فهي تبعث الثقة والاطمئنان في نفس الدائن وتسهل التعامل والإجراءات فيما بين الأشخاص.

كما أشرنا إلى الآراء التي ترى في الكفالة اعتداء على الحرية الشخصية والمالية للكفيل، وعلى المبادئ المستقرة لحمايتها، وبكل ما تشكله الكفالة من تناقض أساسي مع مبدأ عدم تجريـد الكفيل من أمواله (عدم الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين وتجريده من أموالـه). ذلك المبدأ الذي أصبح من المبادئ الأساسية في بعض التشريعات.

ومن خلال التوفيق بين الآراء المتناقضة ، حظيت مؤسسة الكفالة بتطورات خففت نسبياً من مساؤها، ومع كل المحاولات المضنية لدرء تلك المساوي أو التخفيف منها إلا أنهـا ظلـت مشوبة بها.

لن تكون خاتمة هذه الأطروحة إيجازا لما سبق وان تعرضنا لدراسته ، إنما نرى فيهـا إبراز لأهم الملامح التي تضمنته، ومبادرة لعرض أهم المقترحات التي توصلنا إليها. مع أننا كنا نبدي رأينا في كل جزئية رأينا فيها ضرورة أبدا الرأي، وتلك المقترحات هي:

أولا: أن التشريعات المدنية في كل من الأردن ولبنان لم تستطع استيعاب كثير من المسائل المستحدثة فيما يتعلق بضمانات الكفيل وشكلية الكفالة.

لذا نرى ضرورة مراعاة شمولية المذاهب الفقهية الإسلامية وما يستجد من أمور عند تعديل نصوص القانون لمنع قيام مشكلة وحتى تكون اشمل وأفضل في معالجة كثير من المشكلات ولتفادي كثير من الدول مشكلة تعديل القوانين باستمرار.

ثانياً: وللتخفيف من مساوي الكفالة التي بدأت تتعارض مع معطيات المجتمع الحضاري في هذا العصر. فإذا كان من الصعب إيجاد حل جذري لمشكلة تعرض الكفيل للخطر المتمثل في وفائه لدين المدين ثمن ماله الخاص دون أن يكون له مصلحة يهدف إليها من وراء ذلك، فيمكن إيجاد وسائل كفيلة لتلاشي بعض سلبيات الكفالة.

لذا نرى ضرورة النص على أن الدائن يجب عليه مطالبة المدين أولاً والتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل، وكذلك تجريد المدين من أمواله، وتعويض الكفيل عن إيفائه لدين الدائن. وإبدال التأمين الشخصي بتأمين عيني من قبل المدين الذي يعتبر إجراء أخف من الكفالة، وحتى يبقى الكفيل ملتحما بالمجتمع.

ثالثاً: أما في مجال الدفع بالتجريد، فالمشرع اللبناني قد أخذ بهذا الدفع الذي مفاده أنه يحق للكفيل أن يطلب من الدائن في بدء المحاكمة أن يرجع أولً على أموال المدين الأصلي.في حين أن المشرع الأردني لم يأخذ بهذا الدفع بل اعتبر الكفيل مديناً من الدرجة الأولى وساوى بين المدين والكفيل مخالفاً بذلك ما استقرت عليه القوانين العربية، مما يعتبر مأخذ على المشرع الأردني لأن الكفيل لم يعد والحالة هذه كفيلاً بل مديناً أصلياً.

لذا نرى ضرورة النص على الأخذ بالدفع بالتجريد في التشريع الأردني بحيث يكون الكفيل مديناً من الدرجة الثانية مراعاة لفكرة التبعية التي تجعل الكفيل في مركز أفضل من مركز المدين ، لأن المدين وحده صاحب مصلحة في الدين.

رابعاً: يجعل القانون المدني الأردني وقانون الموجبات اللبناني من الكفالة عملا مدنيا محض.

لذا نرى ضرورة النص على اعتبار الكفالة عملاً تجارياً في بعض الأحيان خصوصاً إذا كان المدين والكفيل يتمتع كل منهما بصفة التاجر، لما في ذلك من تخفيف على ذمة الكفيل وحماية له.

خامسا: يتضح من خلال الأحكام الواردة في التشريع الأردني واللبناني بأن الدائن لا يطمئن في أغلب الأحيان إلى الكفالة الشخصية لضمان دينه مثلما يطمئن إلـــى الكفالـــة المقترنة بتأمين عيني.

لذا نرى ضرورة النص على اقتران الكفالة بتأمين عيني بشكل دائم كونها توفر ضماناً كافياً للدائن ، وكذلك تضع تحت يد الدائن أداة للثقة والاطمئنان يحصل من خلالها المدين على ما يحتاجه من المال ما دام قادراً على تقديم هذا الضمان.

سادسا: لقد اتضح من خلال الدراسة تعرض الكفيل للخطر المتمثل في وفائه لدين الدين من ماله الخاص دون أن يكون له مصلحة يهدف إليها من وراء ذلك سوى تـــسرعه بالتزامه الذي يعد بحق جوهر عقد الكفالة، مما يفتح باب الرجوع على الكفيل في حالة عدم تنفيذ الدين لالتزامه.

لذا نرى ضرورة النص على حق الكفيل في قبض مقدار الكفالة ومثله في حالـــة إيفائه دين المدين ،وكذلك استثنائه من عقوبة تنفيذ الحبس والاكتفاء باتخاذ الإجـــراءات المدنيـــة بحقه. إضافة إلى تحصين الكفيل بالمزيد من الدفوع والضمانات ، كإعطائه مهلة زمنية للرجوع عليه بعد الرجوع على المدين حتى يستطيع القيام بالتزامه تجاه الدائن.

سابعا:ـــ تشجيع البحث العلمي والتعليم العالي على تقديم البحوث والدارسات التي تعالج مشاكل الإنسان فيما يخص عقد الكفالة في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي مـــن خلال فرض المكافآت المجزية لهولا الطالبين والدارسين الأكفاء ومنحهم الرتب العلميـــة ونشر وطباعة أبحاثهم ودراساتهم والإشادة بها من خلال وسائل الأعلام.

ثامناً:ـــ أن تقوم الجامعات العربية وخصوصاً كليات الحقـــوق والـــشريعة فيهـــا باختيار نخبة ممتازة من طلبها وتفريغهم وحثهم للكتابة فيمـــا يهـــم العـــالم بخـــصوص موضوعات الكفالة ، وتقديم المقترحات والحلول القانونية والشرعية لها ، على أن يتم ذلك بأشراف واعتماد من أساتذة القانون والشريعة الكبار .

تاسعاً :ـــ عقد المؤتمرات العلمية والفقهية بين الدول للمناقشة حول أحدث ما تـــم التوصل إليه بخصوص الكفالة .

عاشراً :ـــ انشاء مجمع علمي قانوني فقهي ،لرفد التشريعات والفقـــه الإســـلامي وإثرائه بالرأي المتجدد والقادر على أيجاد الحلول للمشاكل التي تعترض عقد الكفالة فـــي الواقع العملي ، على أن يشمل هذا المجمع مجموعة من كبـــار علمـــاء القـــانون والفقـــه الإسلامي ممن نالوا مراتب وأوسمة تتعلق بالعلم والعلماء، يكون الهدف منه إنشاء مجلة أو موسوعة قانونية وفقهية تخص الكفالة بأنواعها .

الحادي عشر :ـــ أن يتبنى المشرع العربي وجهة نظر لا تختلف تماماً لما تبنـــاه جمهور الفقه الإسلامي، وذلك ليفي بالغرض المطلوب، كون الفقه الإسلامي جاء بأحكـــام تتطلبها مجتمعاتنا التي تتخذ من الشريعة الإسلامية ديناً لها ومنهج حياة وهو أمر يحمـــد عليه .

الثاني عشر :ـــ أن تتجه البلاد العربية لوضع تشريعات جديدة وتعديل القائم منها لمعالجة النقص الحاصل من جميع الجوانب .

الثالث عشر :ـــ وضع تشريعات تنص على حقوق وضمانات الكفيل بشكل صريح ومباشر، حتى لا يكون الكفيل عرضة لإهمال الدائن وغشه وتواطئه في بعض الأحيان

الرابع عشر:ـــ أيجاد نصوص قانونيه تنظم كيفية انقضاء وانتهاء عقـــد الكفالـــة بنصوصاً تكون صريحة واضحة .

الخامس عشر : ـــ أيجاد نصوص تنظم وتحل جميع أمور الكفالة وعدم ترك حلها للقواعد العامة كما هو معمول به حاليا في كثير من التشريعات المدنية العربية .

السادس عشر :ـــ بيان الأحكام الخاصة ببعض حـــالات الكفالـــة وعـــدم تركهـــا للاجتهاد ولقرارات المحاكم المدنية ، كحالة ضمان الكفيل مبلغاً أكبر من المستحق علـــى المدين أو بشروط اشد من شروطه .

السابع عشر:ـــ إعطاء الكفيل حماية اكثر أمانا وحماية من خلال أيجاد نـــصوصاً تنص على الدفوع وأنواعها بشكل صـــريح وتوضـــع شـــروط هـــذه الـــدفوع الـــشكلية والموضوعية.

الثامن عشر :ـــ توافق التشريعات حول موضوع عقد الكفالة وتوحيدها في البلاد العربية و ربطها بالفقه الإسلامي .

التاسع عشر :ـــ أيجاد نصوص تعمل على تحديد الاختصاص المكاني والنـــوعي والقيمي والموضوعي لعقد الكفالة .

العشرون :ـــ أتمنى على المشرع العربي أن يعيد النظر بشان موقفه من موضوع الكفالة حتى يتلافى القصور ، وكذلك التناقض في ظل التطورات والمتغيرات التي تشهدها البلاد العربية على كافة نواحي الحياة .

المصادر والمراجع

أولاً: كتب اللغة:

1. ابن منظور، لسان العرب ، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، 1307هـ.
2. الفيروز آبادي، القاموس المحيط.

ثانياً: المصادر والمراجع القانونية:

1. أبو السعود ــ رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1998.
2. أحمد- عبد الخالق حسن ، الكفالة،دار الهدى للطباعة ، ط1986.
3. إمام - محمد علي ، التأمينات الشخصية والعينية، طبعة1956.
4. باز - سليم رستم ،شرح المجلة المجلد الأول الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان.
5. الحكيم - عبد المجيد ، الكافي في شرح القانون المدني الأردني، والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليميني، في الالتزامات والحقوق الشخصية، ف مصادر الالتزام، ط1، عمان، 1993.
6. الحكيم - عبد المجيد ، الوسيط في نظرية العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد.
7. حيدر ــ علي ، شرح مجلة الأحكام العدلية، مكتبة النهضة، بغداد
8. خطاب، طلبه وهبه، عقد الكفالة، 1988، مكتبة سيد عبد الله ــ هبة القاهرة.
9. زحيلي ــ وهبة، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر ، دمشق، 1987م.

10. الزرقاء – مصطفى ، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى، 1959 دمشق.

11. زكي – محمد جمال الدين ، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، لسنة 1979، مطابع دار الشعب.

12. السالوس – علي أحمد ، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، دار الاعتصام، ط2، القاهرة، 1973م

13. السالوسي – علي أحمد ، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، دار الاعتصام، الطبعة الثانية، القاهرة 1973م.

14. سامي – فوزي محمد ، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1993، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

15. السرحان – عدنان إبراهيم، العقود المسماة، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2001.

16. سعد – أحمد محمود – عقد الكفالة – الطبعة الأولى – 1994 دار النهضة العربية، القاهرة.

17. سعد – نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية – منشأة المعارف بالإسكندرية – مطبعة أطلس، القاهرة – 1977.

18. سلطان – أنور ، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، 1983.

19. سلطان – أنور، الموجز في النظرية العامة للالتزام ،الجزء الثاني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، لسنة 1964 .

20. سلطان– أنور ، مصادر الالتزام في القانون الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، عمان 1987م.

21. سمير عبد السيد تناغم – التأمينات الشخصية والعينية – الكفالة – منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1986.

22. السنهوري – عبد الرزاق ، نظريه العقد – الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، منشوارت الحلبي الحقوقية– بيروت– لبنان، لسنة 1998.

23. السنهوري ــ عبد الرزاق - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - دار النهضة العربية ــ القاهرة لسنه 1964 ــ

24. السنهوري - عبد الرزاق - نظرية العقد.

25. السنهوري - عبد الرزاق ، مصادر الحق في الفقه الإسـلامي، الجزء الأول , صيغة العقد، دار إحياء التراث العربي ــ مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ــ لبنان ، لسنة 1967.

26. الشرقاوي - جميل - التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني اليمني - ط1987 - دار النهضة العربية، القاهرة.

27. شفيق - محسن ، القـانون التجـاري (الأوراق التجاريـة)، الطبعـة الأولى.

28. الصدة - عبد المنعم فرج ، مـصادر الالتـزام، دار النهـضة للطباعة والنشر - لبنان- ط1969.

29. الصده - عبد المنعم فرج ، نظرية العقد في قوين البلاد العربية ، دار النهضة للطباعة والنشر- بيروت- لبنان لسنه 1972 .

30. طلبه ــ أنور - الوسيط في القانون المدني - الجزء الثـاني - العقود المسماة - دار المطبوعات الجامعية لسنة 1980.

31. عبد الباقي ــ عبد الفتاح، التأمينات الشخصية والعينية - الطبعة الثانية - لسنة 2954 - القاهرة.

32. عبد الرحيم ــ ثروت علي ، القـانون التجـاري المـصري، طبـعة 1982م ،(د ــ ت).

33. العمروسي ــ أنور، التضامن والتضام والكفالة فـي القـانون المدني المصري- الطبعة الأولى لسنة 1999 - دار الفكر الجامعي.

34. العوجي، مصطفى ــ القانون المدني ــ العقد مع مقدمـه فـي الموجبات ــ الجزء الأول ــ دار الخلود للصحافة و الطباعة والنشر والتوزيع ــ الطبعة الثانية ــ لسنه 1999 .

35. القاضي- مختار ، أصول الالتزامات في القانون المدني، دار النهضة العربية في القاهرة 1967.

36. مر قس – سليمان – الوافي في شرح القانون المدني – المجلد الثالث – الكفالة – طبعة 1994 – القاهرة.

37. مرسي – محمد كامل – التأمينات الشخصية والعينية – الطبعة الثانية – 1941 – القاهرة.

38. مرسي – محمد كامل ، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، 1941م ،القاهرة.

39. معوض، عبد التواب، المرجع في المتعلق على نصوص القانون المدني، الطبعة الرابعة لسنة 1998 منشأة المعارف.

40. منصور – مصطفى منصور – عقد الكفالة – القاهرة – طبعة 1960.

41. الموسى – محمد بن إبراهيم ، نظرية الضمان الشخصي ، مكتبة العبيكان للنشر والتوزيع الرياض ، لسنة 1999 .

42. نخلة ــ موريس ، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ــ لبنان.

43. يحيى – عبد الودود ، التأمينات الشخصية والعينية، طبعة 1985، القاهرة.

44. يكن ــ زهدي، شرح قانون الموجبات والعقود، في عقود الضمان، والصلح، والكفالة، دار الثقافة بيروت ، 1970.

ثالثاً : الكتب الشرعية (أصول الفقه، الحديث وعلومه).

1. ابن العربي، محمد بن عبد الله الأندلسي، أحكام القرآن، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، 1376هـ.
2. أبو زهرة ـ الشيخ محمد ، أصول الفقه، دار الفكر العربي بالقاهرة.
3. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، دار ابن كثير , اليمامة، بيروت، سنة النشر 1407 – 1987، الطبعة الثالثة، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا. و مطبعة مصطفى الحلبي، مصر.
4. البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، ، عالم الكتب.
5. البيهقي، أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، مطبعة مجلس دائرة المعارف، الهند، 1350 هـ.
6. الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون
7. التفتازاني ـ سعد الدين، التلويح، مطبعة معارف، استنبول ، 1310 هـ.
8. الجزيري ،عبد الرحمن ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، الطبعة الأول، 1417 هـ 1996م.
9. حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام،مكتبة النهضة ،بغداد،
10. الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية 1971م.
11. الزرقاء – مصطفى أحمد ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، المدخل الفقهي العام، طبعة تاسعة، لسنة 1967–1968م، مطابع الأديب بدمشق.
12. الزرقاء، مصطفى ، المدخل الفقهي العام، مطبعة الجامعة السورية.
13. زيدان، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشرعية الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الحادية عشر.

14.السجستاني، سليمان بن الأشعث أبو داود الأزدي، سنن أبـــي داود، دار الفكر، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

15.الشنقيطي– محمد الشيباني ، تبيين المسالك ، دار الغرب الاســـلامي ، بيروت– لبنان ، الطبعة الثانية ،1995م.

16.الصابوني، عبد الرحمن، المدخل إلى دراســـة التـــشريع الإســـلامي، المطبعة التعاونية، 1395هـــ.

17.العبادي، محمد بن علي المرادي ، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية.

18.القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيـــق: أحمد عبد العليم البردوني، دار الشعب، القاهرة، سنة النـــشر: 1372، الطبعة الثانية.

19.محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، شرح النيل وشفاء العليـــل، مكتبـــة الإرشاد.

20.محمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود فـــي الـــشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين ــ بيروت.

21.المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخـــار الجـــامع لمـــذاهب علمـــاء الأمصار، المتوفي سنة 840هـــ، مؤسسة الرسالة، بيروت.

22.مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الفكر، بيروت، 1400هـــ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

23.موسى – محمد يوسف، الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي بمصر، (ت ــ ط).

24.موسى، محمد يوسف، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، مطابع دار الكتاب العربي ، القاهرة ،1372هـــ .

رابعاً : كتب الفقه الإسلامي.

أ ــ الفقه الحنفي:

1. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

2. ابن بكر، زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد، البحـــر الرائـــق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت.

3. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (حاشية ابن عابدين)، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، سنة النشر: 1386هـ.

4. ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنـــز الـــدقائق. دار المعرفـــة للطباعة والنشر ، بيروت ــ لبنان.

5. الحصفكي، محمد علاء الدين، شرح الـــدر المختـــار، مطبعـــة الواعظ.

6. دمدام أفندي،عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، داماد أفنـــدي، مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحر، المطبعة العامريـــة، 1316هــــ ، ودار إحياء التراث العربي.

7. الزيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة ، بيروت ــ لبنان.

8. الغنيمي، عبد الغني ، اللباب في شرح الكتاب ، دار المعرفة ، بيروت لبنان ، الاولى 1418هـ 1998م.

9. الكاساني، لعلاء الدين أبي بكر مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،المتوفى سنة 587هـ ، مطبعة الإمام ــ القاهرة.

10. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثالثة.

11. الموصلي، عبد الله بن محمد بن مودود ،الاختيار لتعليل المختار ، دار الأرقم بن ابي الأرقم ، بيروت لبنان ، الطبعة الاولى.

ب ــ الفقه المالكي:

1. ابن جزي ــ الكلبي ،قـــوانين الأحكـــام الـــشرعية، دار العلـــم للملايين ، بيروت ، 1979م.

2. ابن محمد، محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثانية ، 1398هـ.
3. أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، مكتبة اليمن.
4. الأزهري، صالح عبد السميع ، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، دار إحياء الكتب العربية.
5. الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة،مطبعة السعادة بمصر ، 1323هـ
6. الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1398هـ.
7. الخرشي ، محمد بن عبد الله ، شرح مختصر خليل،دار صادر بيروت.
8. الدردير، أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعرفة، مصر، سنة النشر 1393هـ.
9. الدسوقي،محمد بن أحمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر بيروت.
10. الرهوني، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على متن خليل، المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، 1306هـ.
11. الصاوي ـ أحمد ، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ، مطبعة الحلبي ،بمصر ، الطبعة الأخيرة.
12. العبدري، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، سنة النشر، 1398، الطبعة، الثانية.
13. العدوي، علي الصعيدي العدوي، حاشية، دار الفكر.
14. الكنشاوي، أبي بكر، أسهل المدارك في إرشاد السالك في فقه مالك ، الطبعة الأولى ،مطبعة عيسى الحلبي وشركاه بمصر.
15. النفراوي ، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي ، الفواكه الدواني، مطبعة الحلبي ، مصر، الطبعة الثالثة، 1374هـ.

ج ــ الفقه الشافعي:

1. البجيرمي، سليمان بن محمد ، حاشية البجيرمي على الخطيب ، دار الفكر.

2. الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة، بيروت 1404هـ – 1984م.

3. زكريا بن محمد الأنصاري الشافعي، أسنى المطالب شرح روضة الطالب، ،المطبعة الميمنية، مصر ،1313هـ .

4. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية.

5. السيد البكري، أبي بكر، إعانة الطالبين، دار إحياء الكتب العربية بمصر.

6. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم،الطبعة الكبرى الأميرية بمصر،1321هـ.

7. الشربيني ــ محمد الشربيني الخطيب ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،مطبعة الحلبي بمصر ،طبع سنة 1377هـ ــ1958م .

8. الشربيني، محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار إحياء الكتب العربية.

9. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت.

10. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت.

11. قليوبي، أحمد سلامة، وعميرة، أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح منهاج الطالبين، دار إحياء الكتب العربية.

12. المطيعي، محمد نجيب ، تكملة المجموع شرح المهذب، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.

13. النووي، يحي بن شرف ، روضة الطالبين ، المكتب الاسلامي ، بيروت 1405هـ ، الطبعة الثانية .

د ــ الفقه الحنبلي:

1. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة النشر: 1400.

2. ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد ، المغنــي، دار إحيــاء التــراث العربي.

3. البهوتي، منصور بن يــونس ، كـشاف القنــاع عــن مــتن الإقناع،مكتبة النصر الحديثة ،الرياض.

4. الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبدة السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، دمشق.

5. المرداوي، علي بن سليمان بن أحمد، الإنصاف فــي معرفــة الراجح من الخلاف،الطبعة الأولى 1376هــ،مطبعة السنة المحمدية.

ه ــ الفقه الظاهري:

ابن حزم، المحلى، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، 384هــ.

و ــ الفقه الزيدي:

1. الساغاني، أبي الحسن، الروض النضير شرح مجمــوع الفقــه الكبير، مكتبة المؤيد، بالطائف.

2. الهذلي، جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مــسائل الحــلال والحرام، مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان.

ز ــ فقه الشيعة الجعفرية:

1. الحلي، أبي قاسم، المختصر النافع في الفقه الإمامي، دار الكتاب العربي، مصر.

2. العاملي، محمد جمال الدين ، الروضة البهية في شرح اللمعــة الدمشقية جامعة النجف ، الطبعة الأولى.

خامساً: الأبحاث والرسائل.

1. أبو عافيه – محمود – التصرف القانون المجرد – رســالة دكتوراه القاهرة لسنة 1947– النسخة العربية.

2. الشرقاوي – جميل ، البحث المنشور في مجلة الاقتصاد والقانون بعنوان طبيعة المحل والسبب والتصرف القانوني، العدد الثاني، سنة 1964.

3. الشريف – عصام لطفي ، بحث الكفالة في القانون المدني الأردني، منشور في مجلة نقابة المحامين الملحق 15 لعام 1983.

4. العبداللات – حسن عبد الحليم ، بحث مقدم للمعهد القضائي الأردني عن التزام الكفيل في عقد الكفالة، سنة 1997 .

5. عيسس – العاقب، رسالة ماجستير بعنوان عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، لسنه 1986.

سادساً: المجـــــــلات:

1. مجلة الأحكام العدلية.

2. مجلة نقابة المحامين الأردنية.

سبعاً: الموسوعات والمذكرات:

1. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني.

2. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية.

ثامناً: المصادر والمراجع الأجنبية:

1.Marty, Raynaud et Jestaz: Op. cit. No. 598. P. 399

(1) 2. Weill, op.cit, on. 29, P.35, Aubry et RAU, op. cit, on. 229, p. 339et p.340, G. Marty, p. Raynaud, op. cit, t III, vol. I, no. 555, p. 344,

3. Marty, p. Raynaud, et jestaz :les suretes,la publisite fonciere, (2 eme). cit, t III, vol. I, no. 555, p. 344,

4. Laurent , principes de Droit civlfrancancais ,t .28a 31.

5. Planiol et ripert et autres , Traite pratique de Droit civil francais, le , edition , t . 12, et 2e edition, t . 11et 13 .

6. Aubry et Rau , T , 5 , 6e Ed . Par Esmein , 1947.

(Aubry et Rau : Droit eivil Fransais (7 . ed) T . V I . ParR

Andre Ponsard . Noel Dejena de la Batie . Paris .Librairies technigues. 1975.

7.Colin (A) et capitant (H) : traite de Droit civil. Refondu paR jullict de Mardiere. T.II. les obligations, paris, Dallcz 1959 .p1419.

8.Mazeaud (H. et. L) et tune (A) : traite theorique et partique De la Responsabilite civil delictuelle et contraetuelle t. 1 (6. ed) paris, 1965.

فهرست الموضوعات